



Consejo Superior
de la Judicatura

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

CAPTURA Y MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO: EL RÉGIMEN DE LIBERTAD EN LA NUEVA ESTRUCTURA PROCESAL PENAL DE COLOMBIA

República de Colombia

CAPTURA Y MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO:
EL RÉGIMEN DE LIBERTAD EN LA NUEVA
ESTRUCTURA PROCESAL PENAL DE COLOMBIA

CAPTURA Y MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO:
EL RÉGIMEN DE LIBERTAD EN LA NUEVA
ESTRUCTURA PROCESAL PENAL DE COLOMBIA

**PLAN NACIONAL DE FORMACIÓN
Y CAPACITACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL**

**CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA**

JESAEL ANTONIO GIRALDO CASTAÑO
Presidente

JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES
Vicepresidente

JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO
FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ
HERNANDO TORRES CORREDOR
RICARDO MONROY CHURCH
Magistrados

ESCUELA JUDICIAL
“RODRIGO LARA BONILLA”

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES
Directora



Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa

ESCUELA JUDICIAL
“Rodrigo Lara Bonilla”



**UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA**

ALEJANDRO APONTE CARDONA

CAPTURA Y MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO:
EL RÉGIMEN DE LIBERTAD EN LA NUEVA
ESTRUCTURA PROCESAL PENAL DE COLOMBIA

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA
ESCUELA JUDICIAL “RODRIGO LARA BONILLA”

ISBN 958-701-658-0

© ALEJANDRO APONTE CARDONA, 2006

© CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2008

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 85 No. 11-96, pisos 6 y 7.

www.ramajudicial.gov.co

Primera edición: marzo de 2006, con un tiraje de 3.000 ejemplares

Segunda edición: septiembre de 2008, con un tiraje de 2.500 ejemplares

Diseño de carátula y libro: Stephan Acuña Aguirre

Correctora de estilo: Dra. Gladys Jaimes de Casadiego

Diagramación electrónica: Imprenta Nacional de Colombia

Impresión: Imprenta Nacional de Colombia

Carrera 66 No. 24-09. Tel. 457 8000.

www.imprenta.gov.co

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

PRESENTACIÓN DEL PLAN INTEGRAL DE FORMACIÓN ESPECIALIZADA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS MÓDULOS DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO EN EL PROGRAMA DE FORMACIÓN JUDICIAL ESPECIALIZADA SOBRE EL SISTEMA ACUSATORIO PENAL

El Plan Integral de Formación Especializada para la Implementación de los Módulos de Aprendizaje Autodirigido en el Programa de Formación Judicial Especializada sobre Sistema Acusatorio Penal, construido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, de conformidad con su modelo educativo y su enfoque curricular integrado e integrador de casos reales de la práctica judicial, constituye el resultado del esfuerzo articulado entre magistradas, magistrados, jueces, juezas, empleadas y empleados incorporados al Sistema Acusatorio Penal, la Red de Formadores y Formadoras Judiciales, el Comité Nacional Coordinador, los Grupos Seccionales de Apoyo y su autor el doctor Alejandro Aponte Cardona, quien con su gran compromiso y voluntad, se propuso responder a las necesidades de formación planteadas para el Programa de Formación Judicial Especializada sobre Sistema Acusatorio Penal.

El módulo Captura y Medidas de Aseguramiento: El Régimen de Libertad en la nueva Estructura Procesal Penal de Colombia que se presenta a continuación, responde a la modalidad de aprendizaje autodirigido orientado a la aplicación en la práctica judicial, con absoluto respeto por la Independencia del Juez o Jueza, en cuyo contenido el lector encontrará las siguientes unidades: (i) Prevalencia del Principio de Libertad en la Nueva Estructura Procesal; (ii) Regulación de la Captura en el Nuevo Estatuto Procesal; (iii) Medidas de Aseguramiento en el Nuevo Régimen Procesal Penal; y, (iv) Medidas de Aseguramiento y Principio de Proporcionalidad.

La construcción del módulo responde a las distintas evaluaciones que se hicieron con magistrados, magistradas, jueces, juezas, empleados y empleadas, con la finalidad de detectar las principales áreas problemáticas de la implementación del Programa, alrededor de las cuales se integraron los objetivos, temas y subtemas de los distintos microcurrículos como apoyo a los funcionarios, funcionarias, empleadas y empleados de la Rama Judicial. Los conversatorios organizados por la

Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura sirvieron para determinar los problemas jurídicos más delicados y ahondar en su tratamiento en los módulos. Posteriormente, el texto entregado por el autor, fue enviado para su revisión por los magistrados, magistradas, juezas y jueces que participaron en el proceso, quienes leyeron los textos e hicieron observaciones para su mejoramiento. Una vez escuchadas dichas reflexiones el doctor Alejandro Aponte Cardona, complementó su trabajo para presentar un texto que respondiera a las necesidades de formación jurídica especializada para los jueces y juezas colombianos.

Se mantiene la concepción de la Escuela Judicial en el sentido de que todos los módulos, como expresión de la construcción colectiva, democrática y solidaria de conocimiento en la Rama Judicial, están sujetos a un permanente proceso de retroalimentación y actualización, especialmente ante el control que ejerce la Corte Suprema de Justicia.

ENFOQUE PEDAGÓGICO DE LA ESCUELA JUDICIAL

La Escuela Judicial como Centro de Formación Judicial Inicial y Continuada de la Rama Judicial presenta un modelo pedagógico que se caracteriza por ser participativo, integral, sistémico y constructivista; se fundamenta en el respeto a la dignidad del ser humano, a la independencia del juez y la jueza, el pluralismo y la multiculturalidad, y se orienta hacia el mejoramiento del servicio.

Es *participativo*: más de mil jueces, juezas, empleadas y empleados judiciales participan como formadores y formadoras, generando una amplia dinámica de reflexión sobre la calidad y pertinencia de los planes educativos, módulos de aprendizaje autodirigido y los materiales utilizados en los procesos de formación que se promueven. Igualmente, se manifiesta en los procesos de evaluación y seguimiento de las actividades de formación que se adelantan, tanto en los procesos de ingreso como de cualificación de las servidoras y los servidores públicos.

Es *integral*, en la medida en que los temas que se tratan en los módulos resultan recíprocamente articulados y dotados de potencialidad sinérgica y promueven las complementariedades y los refuerzos de todos los participantes y las participantes.

Es *sistémico* porque invita a comprender cualquier proceso desde una visión integradora y holista, que reconoce el ejercicio judicial como un agregado de

procesos, que actúa de manera interdependiente y que, a su vez, resulta afectado por el entorno en que tienen lugar las actuaciones judiciales.

El modelo *se basa en el respeto a la dignidad humana*. El sistema de justicia representa uno de los pilares del sistema social de cualquier comunidad, representa la capacidad que la sociedad tiene para dirimir los conflictos que surgen entre sus integrantes y entre algunos de sus miembros y la sociedad en general. De ahí que el modelo educativo fundamente sus estrategias en el principio del respeto a la dignidad humana y a los derechos individuales y colectivos de las personas.

El modelo *se orienta al mejoramiento del servicio*, pues las acciones que se adelantan para el progreso de las condiciones de trabajo y bienestar de las personas que hacen parte de la Rama Judicial se hacen teniendo en la mira un progreso sostenido del servicio que se le presta a la comunidad.

Lo anterior en el marco de las políticas de calidad y eficiencia establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura en el Plan Sectorial de Desarrollo, con la convicción de que todo proceso de modernización judicial, ya sea originado en la implantación de nuevos esquemas jurídicos, de gestión o de ambos, implique una transformación cultural y el fortalecimiento de los fundamentos conceptuales, las habilidades y las competencias de las y los administradores de justicia, fiscales y los procuradores y procuradoras, que requieren ser apoyados a través de los procesos de formación.

En este sentido, se desarrollan procesos formativos sistemáticos y de largo aliento orientados a la cualificación de los servidores y servidoras del sector, dentro de criterios de profesionalismo y formación integral, que redundan, en últimas, en un mejoramiento de la atención de los ciudadanos y ciudadanas, cuando se ven precisados a acudir a las instancias judiciales para ejercer o demandar sus derechos o para dirimir conflictos de carácter individual o colectivo.

APRENDIZAJE ACTIVO

Este modelo educativo implica un *aprendizaje activo*, diseñado y aplicado desde la práctica judicial para mejorar la organización, es decir, a partir de la observación directa del problema, de la propia realidad, de los hechos que impiden el avance de la organización y la distancia de su misión y de sus usuarios y usuarias; que invita a compartir y generalizar las experiencias y aprendizajes obtenidos, sin excepción, por todas las y los administradores de justicia a partir de una dinámica de reflexión, investigación, evaluación, propuesta de acciones de cambio y ejecución oportuna, e

integración de sus conocimientos y experiencia para organizar equipos de estudio, compartir con sus colegas, debatir constructivamente los hallazgos y aplicar lo aprendido dentro de su propio contexto.

Crea escenarios propicios para la multiplicación de las dinámicas formativas, para responder a los retos del Estado y en particular de la Rama Judicial, para focalizar los esfuerzos en su actividad central; desarrollar y mantener un ambiente de trabajo dinámico y favorable para la actuación de todos los servidores y servidoras; aprovechar y desarrollar en forma efectiva sus cualidades y capacidades; lograr estándares de rendimiento que permiten calificar la prestación pronta y oportuna del servicio en ámbitos locales e internacionales complejos y cambiantes; crear relaciones estratégicas comprometidas con los “usuarios” clave del servicio público; usar efectivamente la tecnología; desarrollar buenas comunicaciones y aprender e interiorizar conceptos organizativos para promover el cambio. Así, los jueces, juezas y demás servidores y servidoras no son simples animadores del aprendizaje, sino gestores y gestoras de una realidad que les es propia, y en la cual construyen complejas interacciones con los usuarios y usuarias de esas unidades organizacionales.

APRENDIZAJE SOCIAL

En el contexto andragógico de esta formación, se dota de significado el mismo recorrido del aprendizaje centrándose en procesos de *aprendizaje social* como eje de una estrategia orientada hacia la construcción de condiciones que permitan la transformación de las organizaciones. Es este proceso el que lleva al desarrollo de lo que en la reciente literatura sobre el conocimiento y desarrollo se denomina como la promoción de *sociedades del aprendizaje* (“learning societies”), *organizaciones que aprenden* (“learning organizations”), y *redes de aprendizaje* (“learning networks”)¹. Esto conduce a una concepción dinámica de la relación entre lo que se quiere conocer, el sujeto que conoce y el entorno en el cual actúa. Es así que el conocimiento hace posible que los miembros de una sociedad construyan su futuro, y por lo tanto incidan en su devenir histórico, independientemente del sector en que se ubiquen.

Los procesos de aprendizaje evolucionan hacia los cuatro niveles definidos en el esquema mencionado: a) nivel individual; b) nivel organizacional; c) nivel sectorial o nivel de las instituciones sociales, y d) nivel de la sociedad. Los procesos de apropiación de conocimientos y saberes son de complejidad creciente al pasar del uno al otro.

En síntesis, se trata de una formación que a partir del desarrollo de la creatividad y el espíritu innovador de cada uno de los y las participantes busca

convertir esa información y conocimiento personal en *conocimiento corporativo* útil que incremente la efectividad y la capacidad de desarrollo y cambio de la organizacional en la Rama Judicial, trasciende al nivel sectorial y de las instituciones sociales y contribuyen al proceso de creación de *lo público* a través de su apropiación social, para, finalmente, en un cuarto nivel, propiciar procesos de aprendizaje social que pueden involucrar cambios en los valores y las actitudes que caracterizan la sociedad, o conllevar acciones orientadas a desarrollar una capacidad para controlar conflictos y para lograr mayores niveles de convivencia.

CURRÍCULO INTEGRADO-INTEGRADOR

En la búsqueda de nuevas alternativas para el diseño de los currículos se requiere partir de la construcción de *núcleos temáticos y problemáticos*, producto de la investigación y evaluación permanentes. Estos núcleos temáticos y problemáticos no son la unión de asignaturas, sino el resultado de la integración de diferentes disciplinas académicas y no académicas (cotidianidad, escenarios de socialización, hogar) que, alrededor de problemas detectados, garantizan y aportan a su solución. Antes que contenidos, la estrategia de integración curricular exige una mirada crítica de la realidad.

La implementación de un currículo integrado-integrador implica que la “enseñanza dialogante” se base en la convicción de que el discurso del formador o formadora será formativo solamente en el caso de que el o la participante, a medida que reciba los mensajes magistrales, los reconstruya y los integre, a través de una actividad, en sus propias estructuras y necesidades mentales. Es un diálogo profundo que comporta participación e interacción. En este punto, con dos centros de iniciativas donde cada uno (formador, formadora y participante) es el interlocutor del otro, la síntesis pedagógica no puede realizarse más que en la interacción de sus actividades orientadas hacia una meta común: la adquisición, producción o renovación de conocimientos.

PLANES DE ESTUDIO

Los planes de estudio se diseñaron de manera coherente con el modelo educativo presentado y en esta labor participó el grupo de personas pedagógicas vinculadas al proyecto, expertos y expertas en procesos formativos para adultos con conocimientos especializados y experiencia. Asimismo, participó la Red de Formadores y Formadoras Judiciales constituida para este programa por aproximadamente 150 magistrados, magistradas, juezas, jueces, empleados y empleadas, quienes con profundo compromiso y motivación exclusiva por su

vocación de servicio se prepararon a lo largo de varios meses en la Escuela Judicial tanto en la metodología como en los contenidos del programa con el propósito de acompañar y facilitar el proceso de aprendizaje que ahora se invita a desarrollar a través de las siguientes etapas:

Etapa I. Reunión inicial. Presentación de los objetivos y estructura del programa; afianzamiento de las metodologías del aprendizaje autodirigido; conformación de los subgrupos de estudio con sus coordinadores y coordinadoras, y distribución de los temas que profundizará cada subgrupo.

Etapa II. Estudio y análisis individual. Interiorización por cada participante de los contenidos del programa mediante el análisis, desarrollo de casos y ejercicios propuestos en el módulo, consulta de jurisprudencia y doctrina adicional a la incluida en los materiales educativos. Asimismo, elaboración y envío de un informe individual con el fin de establecer los intereses de los y las participantes para garantizar que las actividades presenciales respondan a estos.

Etapa III. Investigación en subgrupo. Profundización colectiva del conocimiento sobre los temas y subtemas acordados en la reunión inicial y preparación de una presentación breve y concisa (10 minutos) para la mesa de estudios o conversatorio, junto con un resumen ejecutivo y la selección de casos reales para enriquecer las discusiones en el programa.

Etapa IV. Mesa de estudios o conversatorio. Construcción de conocimiento a través del intercambio de experiencias y saberes y el desarrollo o fortalecimiento de competencias en argumentación, interpretación, decisión, dirección, etc., alrededor de las presentaciones de los subgrupos, el estudio de nuevos casos de la práctica judicial previamente seleccionados y estructurados por los formadores con el apoyo de los expertos y expertas, así como la simulación de audiencias. Identificación de los momentos e instrumentos de aplicación a la práctica judicial y, a partir de estos, generación de compromisos concretos de mejoramiento de la función judicial y de estrategias de seguimiento, monitoreo y apoyo en este proceso.

Etapa V. Pasantías. Son experiencias concretas de aprendizaje, dirigidas a confrontar los conocimientos adquiridos, con la realidad que se presenta en los despachos y actuaciones judiciales (sean escritas u orales), mediante el contacto directo de los discentes y las discentes (pasantes), con las situaciones vividas en la práctica judicial en las diferentes áreas (civil, penal, laboral, administrativo, etc.).

bajo la orientación y evaluación de los magistrados y magistradas, jueces y juezas, titulares de los respectivos cargos.

Etapa VI. *Aplicación a la práctica judicial.* Incorporación de los elementos del programa académico como herramienta o instrumento de apoyo en el desempeño laboral mediante la utilización del conocimiento construido en la gestión judicial. Elaboración y envío del informe individual sobre esta experiencia y reporte de los resultados del seguimiento de esta etapa en los subgrupos.

Etapa VII. *Experiencias compartidas.* Socialización de las experiencias reales de los y las discentes en el ejercicio de la labor judicial, con miras a confirmar el avance en los conocimientos y habilidades apropiados en el estudio del módulo. Preparación de un resumen ejecutivo con el propósito de contribuir al mejoramiento del curso y selección de casos reales para enriquecer el banco de casos de la Escuela Judicial.

Etapa VIII. *Actividades de monitoreo y de refuerzo o complementación.* De acuerdo con el resultado de la fase anterior se programan actividades complementarias de refuerzo o extensión del programa según las necesidades de los grupos en particular.

Etapa IX. *Seguimiento y evaluación.* Determinación de la consecución de los objetivos del programa por los y las participantes y el grupo mediante el análisis individual y el intercambio de experiencias en subgrupo.

LOS MÓDULOS

Los módulos son la columna vertebral en este proceso en la medida que presentan de manera profunda y concisa los resultados de la investigación académica realizada durante aproximadamente un año, con la participación de magistrados y magistradas de las Altas Cortes y de los tribunales, de los jueces y juezas de la República y expertos y expertas juristas que ofrecieron lo mejor de sus conocimientos y experiencia judicial, en un ejercicio pluralista de construcción de conocimiento.

Se trata, entonces, de valiosos textos de autoestudio divididos secuencialmente en unidades que desarrollan la temática de determinada temática, de dispositivos didácticos flexibles que permiten abordar los cursos a partir de una estructura que responde a necesidades de aprendizaje previamente identificadas. Pero más allá está el propósito final: servir de instrumento para fortalecer la práctica judicial.

CÓMO ABORDARLOS

Al iniciar la lectura de cada módulo el o la participante debe tener en cuenta que se trata de un programa integral y un sistema modular coherente, por lo que para optimizar los resultados del proceso de formación autodirigida tendrá en cuenta que se encuentra inmerso en el Programa de Formación Judicial Especializada sobre Sistema Acusatorio Penal. A través de cada contenido, los y las discentes encontrarán referentes o remisiones a los demás módulos del Plan, que se articulan mediante diversos ejes transversales tales como Derechos Humanos, Constitución Política de 1991, Bloque de Constitucionalidad, la ley específica, al igual que la integración de los casos problemáticos comunes que se analizan, desde diferentes perspectivas, posibilitan el enriquecimiento de los escenarios argumentativos y fortalecen la independencia judicial.

Por lo anterior, se recomienda tener en cuenta las siguientes sugerencias al abordar el estudio de cada uno de los módulos del plan especializado:

1. Consulte los temas de los otros módulos que le permitan realizar un diálogo de manera sistémica y articulada sobre los contenidos que se presentan.
2. Tenga en cuenta las guías del discente y las guías de estudio individual y de subgrupo para desarrollar cada lectura. Recuerde apoyarse en los talleres para elaborar mapas conceptuales, esquemas de valoración de argumentaciones y el taller individual de lectura del plan educativo.
3. Cada módulo presenta actividades pedagógicas y de autoevaluación que permiten al y la discente reflexionar sobre su cotidianidad profesional, la comprensión de los temas y su aplicación a la práctica. Es importante que en el proceso de lectura aborde y desarrolle con rigor dichas actividades para que críticamente establezca la claridad con la que percibió los temas y su respectiva aplicación a su tarea judicial. Cada módulo se complementa con una bibliografía básica seleccionada, para quienes quieran profundizar en el tema o acceder a diversas perspectivas.

El Plan Integral de Formación Especializada para la Implementación de los módulos de aprendizaje autodirigido en el Programa de Formación Judicial Especializada sobre Sistema Acusatorio Penal, que la Escuela Judicial entrega a la judicatura colombiana, acorde con su modelo educativo, es una oportunidad para que la institucionalidad colombiana, con efectiva protección de los derechos

fundamentales y garantías judiciales, cierre el camino de la impunidad para el logro de una sociedad más justa.

Finalmente, agradecemos el envío de todos sus aportes y sugerencias a la sede de la Escuela Judicial en la Calle 85 No. 11-96, pisos 6 y 7, de Bogotá, o al correo electrónico escujud@cendoj.ramajudicial.gov.co, que contribuirán a la construcción colectiva del saber judicial alrededor del Programa de Formación Judicial Especializada sobre Sistema Acusatorio Penal.

CONTENIDO

PRESENTACIÓN DEL PLAN INTEGRAL DE FORMACIÓN ESPECIALIZADA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS MÓDULOS DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO EN EL PROGRAMA DE FORMACIÓN JUDICIAL ESPECIALIZADA SOBRE EL SISTEMA ACUSATORIO PENAL	9
PRESENTACIÓN	27
UNIDAD 1	
PREVALENCIA DEL PRINCIPIO DE LIBERTAD EN LA NUEVA ESTRUCTURA PROCESAL	33
I. El proceso penal: derecho constitucional aplicado	34
II. La libertad: el fundamento de la existencia individual en sociedad	35
A. Dependencia constitucional en la interpretación de la norma procesal	36
B. La restricción de la libertad: una posibilidad excepcional	37
C. Restricción excepcional de la libertad y principio de dignidad: núcleo de las normas rectoras del nuevo Código	39
Autoevaluación del capítulo No. 1	47
UNIDAD 2	
REGULACIÓN DE LA CAPTURA EN EL NUEVO ESTATUTO PROCESAL	49
I. El régimen procesal de la captura y el principio de libertad: a propósito de las decisiones de la Corte Constitucional	49
II. Armonización de la normatividad procesal con base en las decisiones del juez constitucional	52
III. Control material sobre las medidas que afectan la libertad: una tarea del juez de control de garantías	54
IV. Sobre la captura administrativa: ¿sigue vigente esta figura?	55

A.	Regulación jurisprudencial de la captura administrativa y nuevo régimen procesal	56
B.	Silencio del juez constitucional y confusión en los operadores de la administración de justicia penal	57
C.	Armonización entre la función de administrar justicia y la función de control del orden público	58
D.	La sentencia de marzo de 2005: ¿sigue vigente la captura administrativa?	59
E.	Los dilemas del precedente judicial	61
V.	Una decisión pragmática: se acepta la captura administrativa preventiva y se somete a un control estricto	62
VI.	Regulación general de la captura en el nuevo estatuto procesal	66
A.	Captura por orden judicial y el juez de control de garantías	66
VII.	Alcances del control sobre la captura por parte del juez de control de garantías	69
A.	¿Se puede declarar ilegal la captura por los actos de un particular?	72
VIII.	La captura en situación de flagrancia	74
A.	Sobre el procedimiento en caso de flagrancia	79
B.	Un sistema razonable de control de la inmediatez en la captura	81
IX.	Consecuencias de la declaración de ilegalidad de una captura	83
	Guía de trabajo del capítulo No. 2	86
	Autoevaluación de la primera parte del capítulo No. 2	88
	Segunda parte: alcances y límites del control sobre la captura	89
	Autoevaluación de la segunda parte del capítulo No. 2	90

UNIDAD 3

MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO EN EL NUEVO RÉGIMEN PROCESAL PENAL

Aclaración previa en relación con el capítulo	91	
I.	Medidas de aseguramiento: regulación general	92

II.	El principio de gradualidad en la escogencia de la medida	92
III.	El principio de aseguramiento de la comparecencia del imputado	94
	A. Requisitos para decretar las medidas: derecho procesal como derecho constitucional en funcionamiento	96
	B. Principio de comparecencia y presunción de inocencia: una ponderación permanente	97
IV.	Necesaria adecuación del sistema carcelario al carácter procesal de la medida de aseguramiento	102
V.	El carácter procesal de la medida y la jurisprudencia internacional	102
VI.	Circunstancias que permiten decretar la medida de aseguramiento	103
	A. Obstrucción de la justicia	103
1.	Los motivos “graves y fundados”: especial atención en la evaluación por parte del juez de control de garantías	104
2.	Estrategias de defensa y conducta del imputado	105
B.	La posibilidad de la no-comparecencia del imputado	106
1.	La falta de arraigo del imputado en la comunidad	108
2.	El daño causado y la actitud del imputado frente a éste: una evaluación especialmente compleja	109
C.	El posible “peligro” para la comunidad o para la víctima	110
1.	La noción de “peligro” en el derecho penal sustancial	118
D.	El posible peligro para la víctima	119
VII.	Principio de gradualidad y humanización del proceso penal: la detención domiciliaria	120
A.	La detención preventiva en residencia del imputado: una medida de aseguramiento autónoma	122
VIII.	El proceso contradictorio: ampliación del derecho de defensa	122
IX.	Regulación estricta de la posibilidad de la revocatoria de la medida y dinámica viva del derecho	125
X.	Alcances y límites de la “imputación fáctica”	127
	Guía de trabajo del capítulo No. 3	134
	Autoevaluación del capítulo No. 3	136

UNIDAD 4	
MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	137
I. Principio de proporcionalidad: aplicación práctica	137
II. Subprincipios que conforman el principio de proporcionalidad	139
A) Subprincipio de idoneidad	140
B) Subprincipio de necesidad	142
C) Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto	143
III. Criterios frente al juicio de proporcionalidad en concreto	144
A) La consecuencia jurídica de la conducta investigada	144
B) Importancia de la causa que se ventila	145
C) Exigencias de política criminal	146
IV. Antijuridicidad material y principio de proporcionalidad	147
V. Cuatro principios centrales en el nuevo estatuto procesal penal y la exigencia general de proporcionalidad	149
VI. Nuevas exigencias argumentativas para el juez de control de garantías: adecuación del juicio en tres niveles	150
A) Nivel de argumentación fáctica	151
B) Nivel de argumentación legal	151
C) Nivel de argumentación constitucional	151
VII. Principio de proporcionalidad y Fiscalía General de la Nación	158
VIII. Límite general en la argumentación del juez de control de garantías	159
IX. Ejercicio de control de garantías y derecho penal sustancial: una dinámica permanente	160
X. Medidas de aseguramiento no privativas de la libertad: de nuevo el principio de gradualidad	162
A) Obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica	163

B)	Obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada	163
C)	La obligación de presentarse periódicamente o cuando sea requerido ante el juez o ante la autoridad que él designe	164
D)	La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social, con especificación de la misma y su relación con el hecho	165
E)	La prohibición de salir del país, del lugar en el cual reside o del ámbito territorial que fije el juez	166
F)	La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares	167
G)	La prestación de una caución real adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes o la fianza de una o más personas idóneas	168
H)	La prohibición de salir del lugar de habitación entre las 6:00 p. m. y las 6:00 a. m.	169
XI.	Principio de gradualidad y armonización interpretativa	170
XII.	“Teoría de los dos niveles”: una herramienta de ayuda posible para el juez	172
XIII.	“Causales de libertad”: ¿Hacia una prevalencia efectiva del principio de libertad?	174
A)	Dificultades para investigar vs. libertad del imputado: una falsa disyuntiva	176
B)	El sujeto del proceso penal como un fin en sí mismo	177
XIV.	Los nuevos desafíos interpretativos en relación con las causales de libertad	180
XV.	El plazo razonable en la jurisprudencia internacional	181
XVI.	El plazo razonable en el derecho comparado	183
XVII.	Principio de oportunidad y prevalencia de la libertad: hacia un auténtico derecho penal mínimo	184

Guía de trabajo del capítulo No. 4. Medidas de aseguramiento y principio de proporcionalidad	187
Primera parte: Medidas de aseguramiento y principio de gradualidad	187
Autoevaluación de la primera parte del capítulo No. 4	188
Segunda Parte: Principio de proporcionalidad y su aplicación práctica	188
Autoevaluación de la segunda parte del capítulo No. 4	194
BIBLIOGRAFÍA	195

**CAPTURA Y MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO:
EL RÉGIMEN DE LIBERTAD EN LA NUEVA
ESTRUCTURA PROCESAL PENAL DE COLOMBIA**

CONVENCIONES

Qg

Objetivo general

Qe

Objetivos específicos

At

Actividades de taller

Ca

Cuestionarios de autoevaluación

PRESENTACIÓN

El presente Módulo es producto de un esfuerzo conjunto, mediante el cual profesores de diversas universidades, a instancia del Convenio celebrado entre el Consejo Superior de la Judicatura, la Escuela Judicial *Rodrigo Lara Bonilla* y la Universidad Nacional de Colombia, desarrollan temas del mayor interés e importancia en relación con la implementación del nuevo sistema procesal penal acusatorio en Colombia. Hace parte, además, de una secuencia de trabajo iniciada desde el mes de septiembre de 2004, con la preparación y elaboración final, en diciembre del mismo año, del libro *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Los grandes desafíos del Juez Penal colombiano*, editado por el Consejo Superior de la Judicatura y Escuela judicial *Rodrigo Lara Bonilla*, así como con la elaboración, por parte del autor del *Manual para el Juez de Control de Garantías en el Nuevo Sistema Acusatorio Penal*, publicado también por la misma época.

Mediante tales trabajos se buscaba apoyar a los jueces en la comprensión de conceptos y categorías incorporadas en la normativa procesal del nuevo sistema que aún no estaba en funcionamiento. Por esa razón, se promovió la ilustración sobre los aspectos dogmático-procesales, con base en la experiencia jurídica colombiana y, muy particularmente, tomando como referencia la desarrollada por otros países, en función de los dilemas y desafíos que el régimen procesal penal acusatorio trae consigo. Al respecto, no solo se tuvieron en cuenta los sistemas procesales de la tradición continental y de la tradición anglosajona, sino también experiencias recientes como la chilena. Igualmente, los documentos se elaboraron con base en ejercicios de simulación, adelantados por parte de los diversos operadores, antes de iniciar el funcionamiento del sistema.

En el presente Módulo, así como en los demás, se ha trabajado a partir de la experiencia inicial alcanzada en la implementación del sistema penal acusatorio, durante los siete meses comprendidos entre enero y julio, fecha final de elaboración de los textos. Por consiguiente, mientras los anteriores trabajos buscaban dar claridad a los operadores en función de la nueva normativa, en el presente se ilustran los temas más complejos que se les han presentado, se registran y se reseñan los eventos más polémicos y se plantean las posibles soluciones. En consecuencia, no se trata de textos teóricos –en el sentido estricto del término–, sino que dan cuenta de casos que ilustran las diferentes posiciones y visiones frente a la nueva normativa. No obstante, también representan una elaboración conceptual, lo cual, en el caso del presente Módulo, es perceptible: la nueva normativa, las nuevas figuras dogmático-procesales

relacionadas con el manejo de la libertad, exigen una decantación conceptual y teórica permanente. Este mismo proceso ha exigido, en otras latitudes, años de reflexión teórica y conceptual para la consolidación de reformas de largo aliento, como la nuestra.

El autor del presente Módulo es consultor del Consejo Superior de la Judicatura y de la Escuela Judicial, para la implementación del sistema penal acusatorio. En desarrollo de esta tarea, se desempeña como coordinador académico del *Conversatorio Interinstitucional del Sistema Penal Acusatorio*, espacio de discusión y de reflexión conjunta, creado por el Consejo Superior de la Judicatura, bajo la dirección del Magistrado Hernando Torres Corredor. Allí se han discutido los más diversos temas que hasta hoy han ocupado la atención, tanto de los jueces, como de todos los operadores del sistema. Por esta razón, en el presente Módulo, como en los demás, se incorporan de manera sustancial las discusiones adelantadas en las diferentes sesiones del Conversatorio, que ha funcionado ininterrumpidamente desde el mes de febrero del año 2004 en Bogotá, y cuyos resultados se publican en la página web del Consejo Superior de la Judicatura.

El lector encontrará, entonces, referencias permanentes a las discusiones adelantadas, así como las soluciones posibles a diferentes inquietudes y preguntas aportadas por los asistentes al *Conversatorio*. Ello es especialmente relevante respecto al tema de la captura, puesto que generó la mayor discusión: fueran necesarias cerca de siete sesiones, durante los meses de mayo y junio para abordar los tópicos correspondientes. Muy especialmente el tema de la posible existencia, o no, de la captura administrativa suscitó la atención de los funcionarios participantes. Además de tenerse en cuenta los aportes hechos en dicho escenario, el autor ha elaborado este Módulo con base en reflexiones conjuntas desarrolladas con diversos funcionarios, particularmente con los jueces de control de garantías. De manera especial, se han adelantado debates y reflexiones conjuntas muy enriquecedoras y fundamentales con los jueces Carlos Moreno, Rosa Irene Velosa, Emely Salcedo, Ricardo Castellanos, Juan Pablo Lozano, Javier García, Lucelly Murcia y con la juez penal del circuito Mireya González.

Desde la elaboración conjunta del texto sobre *Reflexiones* y la producción individual del *Manual para el Juez de Control de Garantías*, fue claro que la lectura sobre las nuevas figuras procesales se adelantaría desde la Carta Política. Esta, en concordancia con los tratados internacionales y el *bloque de constitucionalidad*, sería el punto de partida para el estudio de los diversos temas. Por consiguiente, la idea del derecho penal y del derecho procesal penal como derecho constitucional aplicado, ha orientado la elaboración de los diferentes aportes.

Dicha visión se mantiene en los Módulos. De hecho, constituye uno de los ejes que cruzan todos los trabajos. Hoy, empero, se agregan dos nuevos ejes temáticos que, al mismo tiempo, constituyen puntos de partida: el control material por parte del juez de control de garantías. Esto significa que los Módulos están construidos con base en el presupuesto, avalado por lo demás por una decisión ya fundamental de la Corte Constitucional, de que los jueces de control de garantías no solo adelantan un control de carácter meramente formal, sino que este es eminentemente material. El otro punto de partida para la elaboración de los Módulos es el relativo a la lectura de las nuevas figuras dogmático-procesales, teniendo siempre en cuenta el derecho penal sustancial. La consistencia dogmática de las nuevas figuras procesales se relaciona directamente con la consistencia misma del derecho penal material. Este es un presupuesto general que orienta el trabajo de los autores y que debe alimentar el trabajo práctico de los operadores. Estos tres puntos de partida constituyen el marco conceptual del presente trabajo.

Específicamente, el presente Módulo trata en detalle la estructura normativa que configura el régimen de libertad en el nuevo estatuto procesal, a partir de cuatro capítulos. En el primero, se explica un hecho fundamental introducido por el legislador: la prevalencia del principio de libertad en el nuevo régimen procesal penal colombiano; se ahonda en este presupuesto y en el carácter excepcional que la restricción de la libertad tiene. En el segundo, se aborda el estudio de la captura como la primera forma de restricción de la libertad prevista por el Código, a través de dos partes: en la primera, se estudia de manera especial el fenómeno de la captura administrativa, en función no solo de la nueva normativa procesal, sino de cara a las decisiones adoptadas por el juez constitucional durante los meses de junio y julio de 2005. La segunda parte se ocupa de la regulación general de la captura: los alcances y límites del control que el juez ejerce sobre ella, el problema de la flagrancia, las distintas formas de la captura y las consecuencias de la declaración de ilegalidad.

Los dos capítulos finales estudian las medidas de aseguramiento. El tercero trata de manera general toda la regulación de las medidas de aseguramiento, con el propósito de incorporar, en conjunto, los temas más ricos y complejos que el Código consigna al respecto, trabajando de manera especial las medidas restrictivas de la libertad. El cuarto capítulo aborda las otras medidas de aseguramiento y se reseña de manera detallada el principio de proporcionalidad, como método o esquema general de interpretación muy importante para el juez de control de garantías en tanto juez constitucional.

Finalmente, hay que aclarar que todos los Módulos, y este en particular, son trabajos en permanente construcción. Ello debido no solo a la depuración conceptual

y la consolidación práctica de un sistema, que demandan esfuerzos durante muchos años, sino también en razón de las decisiones adoptadas por la Corte Constitucional, justo en el momento en que los Módulos se elaboraban. En el caso específico del manejo de la libertad, en los meses de junio y julio de 2005 se tomaron decisiones muy importantes aunque apenas fueron anunciadas en comunicados de prensa y, al momento de la redacción final del texto, aún no habían sido expedidas en sus versiones finales. Por esa razón, en este Módulo tan solo se da cuenta de ellas, según la información disponible, se adelantan hipótesis de trabajo y se arriesgan posibles soluciones, en función de lo anunciado. Pero el texto se debe ir actualizando, particularmente a partir de los ejercicios académicos y prácticos que se realicen, de acuerdo con lo decidido por el juez constitucional. La actualización procede, además y desde luego, con base en las decisiones que vaya tomando la Sala Penal de la Corte, como las relacionadas, por ejemplo, con la favorabilidad. De la misma manera, se debe ir actualizando con la jurisprudencia emanada de los tribunales superiores, como de suyo ya lo ha hecho la Sala Penal del Tribunal de Manizales, mediante providencias muy pertinentes. El Módulo no busca agotar los temas abordados; se trata, como bien lo han planteado los metodólogos que apoyan estos trabajos, de un “bien cultural en permanente revisión”.



- Brindar al juez de control de garantías, en tanto juez constitucional, una serie de herramientas y de conceptos de apertura, con base en los cuales el funcionario pueda encontrar soluciones prácticas y concretas a los problemas que se le presentan en el manejo cotidiano de las normas que regulan el régimen de libertad en el nuevo Código de Procedimiento Penal.



- Conceptualizar las categorías dogmático- procesales más pertinentes para el trabajo del juez de control de garantías, en relación con el régimen general de la libertad en el nuevo estatuto procesal.
- Brindar herramientas conceptuales y metodológicas, para la aplicación, por parte de los operadores, de las normas procesales que conforman el bloque de constitucionalidad.

- Presentar a los jueces una serie de preguntas y problemas básicos para la comprensión y aplicación de la nueva normativa.
- Problematizar las nuevas figuras dogmático-procesales relacionadas con el régimen de la libertad en el nuevo Código.
- Presentar las respuestas posibles de acuerdo con el manejo de las figuras en el derecho procesal penal comparado, la propia experiencia acumulada y la más reciente y concreta derivada de la puesta en funcionamiento del nuevo sistema.

Metodología

La metodología implementada en la elaboración de este Módulo es la utilizada por la Escuela Judicial y ligada a los desafíos propios de la elaboración de un texto en el cual se presenten los problemas derivados de la práctica y se planteen soluciones posibles. Al respecto, no solo se formulan aquellas que el autor, en razón de su propio criterio, considera las más pertinentes, sino que se busca dar cuenta de las diversas posiciones alrededor de puntos problemáticos. En todo caso, considerando que las soluciones posibles también están cruzadas por el marco conceptual adoptado y orientado, ante todo, por una visión constitucional del derecho procesal penal.

Como ya se ha expuesto, se problematizan las figuras que, de hecho, son polémicas, lo cual explica las permanentes alusiones al *Conversatorio interinstitucional* y a las discusiones generadas. Pues, aunque las figuras están reguladas normativamente, la práctica ha demostrado que la ley, por más precisa que sea, no da cuenta de cada hecho particular. Por esa razón, se trabajan los alcances posibles de los diferentes conceptos y se hace una lectura sistemática de la nueva normativa, no solo en función estrictamente de las normas que regulan el régimen de libertad en sí mismo, sino de todo el estatuto procesal. Igualmente, desde luego, se relaciona con el derecho procesal penal comparado, la jurisprudencia constitucional y penal nacional y de la jurisprudencia internacional de los derechos humanos. Hoy, el mundo del derecho es más complejo que nunca y las nuevas técnicas de argumentación e interpretación normativa hacen parte del patrimonio de los nuevos jueces.

El texto incluye diversos casos mediante los cuales se ilustran la práctica cotidiana, los problemas concretos a los cuales se ven abocados los operadores y las

UNIDAD 1

dificultades que los jueces tienen que afrontar. Estos han sido escogidos, tanto por la importancia del tema que tratan como por sus implicaciones metodológicas y pedagógicas. Por consiguiente, los casos no solo ilustran un tema específico, sino que van cruzando el texto, de acuerdo con el tema concreto que se trate en su momento. Así, un mismo caso puede ilustrar y enriquecer varios temas en conjunto. En esa dirección, los casos se van *expandiendo* a lo largo de todo el texto. Por esa razón y porque ello no es posible, no se escoge un solo caso para ilustrar todo el régimen de libertad. Desde luego, hay algunos más paradigmáticos que otros, pero es la secuencia de los escogidos la que aporta la riqueza del conjunto. Además, donde sea necesario, se harán las aclaraciones metodológicas pertinentes.

UNIDAD 1

PREVALENCIA DEL PRINCIPIO DE LIBERTAD EN LA NUEVA ESTRUCTURA PROCESAL



- Incorporar en la cultura jurídica y en la práctica cotidiana del operador el principio de prevalencia de la libertad, sobre el cual informa el nuevo estatuto procesal.



- Reconocer que la prevalencia del principio de libertad no se restringe sólo a los temas de captura y medidas, sino que orienta todo el Código.
- Reconocer en el principio de dignidad una guía de toda la actuación procesal.

En el desarrollo de la función penal surge siempre, y es connatural al Estado moderno y a su derecho, una tensión entre el *principio de autoridad* y el *principio de libertad*. El proceso penal se mueve también en el marco de dicha tensión: él la revela, de hecho, de una manera sustancial. En el origen mismo de las Constituciones Políticas modernas está presente la consagración del deber estatal de dar cumplimiento a las sanciones previstas, para aquellas personas que cometan conductas establecidas previamente como delitos, al mismo tiempo que de manera fundamental se consagran los límites de esa función y las condiciones en que debe llevarse a cabo. Por esa razón, la Carta Política se puede entender, incluso en su origen más puro, como desarrollo del artículo que regula el debido proceso. Desde el debido proceso, como derecho fundamental y límite al ejercicio punitivo, se puede leer y entender la estructura normativa original de la Constitución Política. Desde luego, hoy el escenario es más complejo; la Carta Política no es solo marco de referencia y límite, sino también un derrotero. No obstante, el derecho fundamental al debido proceso conserva su finalidad básica de límite y condiciones de ejercicio de la función de administrar justicia, y ello no solo referido a la justicia penal.

Con la consolidación paulatina de una conciencia más universal de protección a los derechos humanos y la construcción e instauración, tanto en el discurso normativo como en la práctica cotidiana, de nociones como “bloque de constitucionalidad” y la consagración de una estructura más compleja del orden jurídico, en función de la norma legal, la Constitución y los tratados internacionales, se busca dar una prevalencia cada vez mayor al principio de libertad. El Código de Procedimiento Penal colombiano se inscribe en esa dinámica, generalizada actualmente en los países de América Latina.

1. EL PROCESO PENAL: DERECHO CONSTITUCIONAL APLICADO

En la actualidad, las relaciones entre norma procesal y norma constitucional constituyen un paradigma generalizado de construcción e interpretación del orden jurídico penal. Solo de esta manera adquiere un renovado y efectivo sentido una coincidencia desde tiempo atrás en la doctrina: el derecho procesal penal es *derecho constitucional aplicado*¹. No se trata apenas de una posición de principio, ni de afirmaciones sustentadas en un prurito académico sino de la determinación constitucional de las normas procesales y del condicionamiento profundo de estas por parte de la normativa constitucional. Por esa misma razón, también hay otra coincidencia en la doctrina y en la comunidad jurídica, directamente relacionada con la conclusión anterior: “El derecho procesal penal es aquel escenario estatal y social en el cual, como en ningún otro, los derechos humanos se encuentran en juego, y en el cual el Estado y la sociedad se miran a sí mismos”².

¹ Una formulación clásica de ello es la siguiente: “Adquiere sentido, tanto desde el punto de vista político-jurídico como científico-penal, el hecho de que el proceso penal no solo sea caracterizado como la materialización del derecho penal sustancial, sino también como derecho constitucional aplicado; en todo caso, y por la misma razón, como indicador de la confluencia de la cultura jurídica y la cultura política en el Estado moderno. En el derecho procesal penal y en su realización práctica se encuentran las señales que permiten discernir, con mayor precisión, acerca de cuál es el modo real de actuación de un Estado frente a sus ciudadanos”. (Winfried Hassemer. “Unverfügbares im Strafprozeß”, en: Haft/ Hassemer/ Neumann/ Schroth (editores), Rechtsstaat und Menschenwürde. Festschrift für Werner Maihofer, Frankfurt am Main, 1988, p. 203).

² Winfried Hassemer. “Menschenrechte im Strafprozeß”, en: KritV, cuaderno 3/1988, p. 336. En la presentación del libro de Claus Roxin, con traducción de Óscar Julián Guerrero, *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*, editado por la Procuraduría General de la Nación, el autor, invitado a Colombia en el marco de un congreso internacional, enfatizó el carácter del proceso penal como materialización del derecho penal sustancial, dentro de un ámbito jurídico dominado por la prevalencia constitucional de los derechos y garantías. Universidad Externado de Colombia, octubre 28 de 2004.

II. LA LIBERTAD: EL FUNDAMENTO DE LA EXISTENCIA INDIVIDUAL EN SOCIEDAD

Es el proceso penal un escenario de tanta importancia, entre otras razones fundamentales, porque se trata de un espacio regulado en el cual se puede afectar la libertad. Y la libertad es el fundamento de la existencia de un hombre en sociedad; la libertad es la condición natural de la existencia de individuos en un contexto social. En el Estado moderno, al desaparecer las verdades previas a los debates legislativos y judiciales, la legitimidad de las decisiones, basadas en verdades que se discuten regladamente, está íntimamente ligada a los procedimientos: “legitimación a través de los procedimientos”³, es una realidad del derecho y del Estado modernos, que se hace más determinante en el caso del proceso penal.

Al proceso penal no se llega, como antaño, con verdades previas para luego ser deducidas a través de procesos dirigidos de antemano; él constituye un escenario reglado, un duelo regulado en detalle. Entonces, los procedimientos se dirigirán hacia el hallazgo de una verdad: la verdad del proceso. Esto permite equilibrar las pretensiones de la búsqueda institucional de la verdad material, con las limitaciones propias que impone la verdad procesal. Posibilita, empero también y muy especialmente, regular y legitimar solo en cuanto se respete las reglas dentro del proceso aquellas ocasiones en las cuales se permite al Estado restringir la libertad de las personas que se encuentran abocadas al proceso penal.

Por todo lo anterior, y siendo el derecho procesal derecho constitucional en funcionamiento, la restricción de la libertad tiene que ser siempre excepcional; en ningún caso puede ser la regla. Este es un principio que condiciona toda la dinámica procesal. En ello es explícito el nuevo Código de Procedimiento Penal. El artículo 295, que abre el Capítulo I del Título IV referido al régimen de restricción de la libertad, establece claramente: “*Afirmación de la libertad. Las disposiciones de ese código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad del imputado tienen carácter excepcional*”.

En esta primera parte de la norma se establece el principio de restricción excepcional de la libertad, además de hacerse énfasis en el carácter *preventivo* de su privación. Luego, la norma aporta una regla de interpretación general: las disposiciones del Código, en esta materia entonces, “solo podrán ser interpretadas

³ Este es el título de un texto fundamental de Niklas Luhmann en el cual el autor establece la prelación, en el derecho moderno, de los procesos reglados como fuentes de legitimidad de las decisiones institucionales. (*Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt am Main, 1983).

restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales". Asimismo, el artículo 296, al establecer las finalidades de la restricción de la libertad, destaca de manera esencial la condición de la necesidad que debe acompañar las finalidades de dicha restricción. Ya se verá cómo esta exigencia de fundamentación de necesidad es básica en la valoración que hace el juez de la conducción de la imposición de una medida de aseguramiento restrictiva o no de la libertad. (Además, desde luego, constituye una condición general para la imposición de cualquier medida de aseguramiento).

A) DEPENDENCIA CONSTITUCIONAL EN LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA PROCESAL

Los artículos 295 y 296 constituyen una estructura normativa fundamental: además de lo dicho, las normas establecen el principio de dependencia constitucional de la interpretación de la norma procesal penal. Al funcionario se le exige que su juicio, en relación con la restricción de la libertad, esté fundamentado en las siguientes condiciones que aparecerán, una y otra vez, en diversas normas procesales sobre la materia: la *necesidad*, la *adecuación*, la *proporcionalidad* y la *razonabilidad*. Ellas informan, además, de manera general todo el Código y permiten establecer puentes necesarios entre el derecho penal sustancial y el derecho procesal penal.

Igualmente, tales condiciones constituyen exigencias de fundamentación del juicio, al mismo tiempo que dotan al funcionario de herramientas escritas en clave constitucional: el juez penal es también hoy, por la complejidad alcanzada por el derecho, un *juez constitucional*; del mismo modo, que por disposición del propio Código, en el artículo 3º, es un juez ligado y condicionado por el derecho internacional de los derechos humanos⁴. El nuevo Código de Procedimiento Penal debe ser adecuado en su práctica a los estándares internacionales y es el juez penal, sobre todo, quien tiene a su cargo esta responsabilidad⁵.

⁴ Un esfuerzo muy importante por pensar el problema de la privación de la libertad en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos, con análisis sobre las diferentes posiciones doctrinales acerca de las relaciones entre derecho interno y derecho internacional, y con acopio de diversas providencias claves de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, es el de César Sanmartín Castro, autor peruano varias veces invitado a Colombia en el marco de la discusión sobre la reforma procesal. El trabajo se titula "La privación de la libertad personal en el proceso penal y el derecho internacional de los derechos humanos". Lima, marzo de 2003.

⁵ El artículo 3º del Código dispone la prelación de los tratados internacionales: "En la actuación prevalecerá lo establecido en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que traten sobre derechos humanos y que prohíban su limitación en los estados de excepción, por formar bloque de constitucionalidad". Como se ve, el artículo se refiere, con mucho acierto, no solo de manera general

B) LA RESTRICCIÓN DE LA LIBERTAD: UNA POSIBILIDAD EXCEPCIONAL

En ninguna otra codificación anterior se ha establecido con tanto rigor, con una trascipción tan detallada del precepto constitucional del debido proceso, la prevalencia del principio de libertad como sustrato del proceso penal. El artículo 2º del nuevo Código es exhaustivo en su prescripción. El primer inciso cubre la preservación constitucional de la libertad, mientras que el segundo, como norma rectora, anticipa las condiciones que deben ser respetadas por el juez de control de garantías, para proceder a dictar medidas de aseguramiento, especialmente, por ejemplo, en el caso de la detención preventiva.

Desde el primer momento se advierte al juez que la “restricción de la libertad del imputado” se ordenará “cuando resulte necesaria para garantizar su comparecencia o la preservación de la prueba o la protección de la comunidad, en especial de las víctimas”. De igual manera, lo cual debe constituir un principio per se que guíe la actuación judicial frente a las medidas cautelares, la norma establece que el funcionario deberá modificar o revocar la medida “si las circunstancias hubieran variado y la convirtieren en irrazonable o desproporcionada”. De entrada, esta disposición abre, también, el ámbito establecido en el nuevo proceso penal para la actuación de la defensa.

En la parte final del artículo se establecen las condiciones bajo las cuales, teniéndose siempre en cuenta que se trata de un procedimiento excepcional, la norma permite la captura sin orden judicial. La norma establece que el capturado debe ser puesto a “disposición del juez de control de garantías en el menor tiempo posible, sin superar las treinta y seis (36) horas siguientes”.

al ámbito de los derechos humanos, sino a su posible restricción en virtud de los estados de excepción. Como la excepción ha sido la regla en gran parte de nuestra vida jurídica, esta norma es esencial. Ya hay vasta jurisprudencia constitucional que se ha ocupado del artículo 93 de la Constitución Política en su versión inicial, que debe ser seguida por el juez penal. (Como se observa, además, la norma hace relación expresa al bloque de constitucionalidad, que también está presente en todo el Código, por ejemplo, en las causales del recurso extraordinario de casación, lo que constituye una herramienta general inigualable para que el funcionario protagonista del nuevo procedimiento penal haga justicia penal como justicia constitucional). Debe decirse, finalmente, que el anterior Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), consistente con el Código Penal vigente, hacía relación al principio de integración, al referirse a la normativa internacional. Hoy, el nuevo Código de Procedimiento se refiere a dicho principio en el artículo 25, pero lo entiende más en relación con la integración, en este Código, de las normas del derecho procesal civil o de otros regímenes procesales, cuando no se opongan estos al régimen procesal penal. Sin embargo, puede pensarse de una manera más genérica, para buscar armonizar el Código Penal y el de Procedimiento con el principio de integración en función de la normativa internacional.

Al respecto, es importante anotar que no solo es fundamental tener en cuenta el tiempo en que una persona capturada en flagrancia, o sin orden judicial escrita, deba ser puesta a disposición del juez competente, sino que debe trabajarse muy bien en relación con los “motivos fundados” que tenga el fiscal para capturar, y en la alusión de la norma al hecho de que el fiscal “razonablemente carezca de oportunidad de solicitar el mandamiento escrito”.

La regla de la experiencia debe apoyar aquí al juez: a lo largo de la historia procesal de Colombia este tipo de normas, que hacen alusión a *motivos fundados*, etc., ha servido para cometer atropellos manifiestos contra la libertad de las personas. Ello muy especialmente bajo el régimen de excepción, que se ha convertido, en muchas ocasiones, en la regla en nuestro país. Por tal circunstancia, debe hacerse una interpretación sistemática del Código, basada en el principio de restricción excepcional de la libertad, para ser muy exigentes y restrictivos al máximo en la interpretación de este tipo de posibilidades excepcionales para capturar las personas⁶. Así lo ha entendido el juez constitucional colombiano al establecer, en providencia reciente, que “la indeterminación de las condiciones en que se concibe la posibilidad de captura por la Fiscalía General atenta contra la presunción de inocencia y la garantía de la libertad, pues deja al arbitrio del fiscal la calificación de los “motivos fundados” y de las razones por las cuales no tuvo la oportunidad de solicitar la orden del juez para proceder a una captura, con lo cual la excepción se convierte en regla general”⁷.

Existe, además, una previsión constitucional, ya que el artículo 2 del acto legislativo 03 de 2002, que reformó el artículo 250 de la Carta Política, establece que: “La ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas; igualmente, la ley fijará los límites y eventos en que proceda la captura. En

⁶ El derecho internacional es claro en ello. Como lo advierte Sanmartín, haciendo un análisis de las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos, ella establece, en “primer lugar, que nadie puede ser privado de su libertad, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ella; y, en segundo lugar (inciso 3º del artículo 7º), que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”. (César Sanmartín Castro. “La privación de la libertad personal en el proceso penal y el derecho internacional de los derechos humanos”. Loc, cit, p. 5).

⁷ Corte Constitucional, comunicado del 12 de julio de 2005, p. 3. Como se ha dicho desde el principio de este trabajo, la importancia de la providencia, más allá de alguna confusión que ella pueda generar, radica en el hecho de advertir que son los jueces los que deben adelantar un juicio de iure en materias tan delicadas como la existencia de motivos fundados para capturar. En eso consiste, justamente, la función de control de garantías, ligada a una correcta forma de adelantar la investigación penal y los actos procesales.

estos casos el juez que cumpla la función de control de garantías lo realizará a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes”.

De esta forma, entonces, tanto en las normas que se refieren a la necesaria adopción de una medida restrictiva de la libertad como en las normas que se refieren a las condiciones para adelantar las diferentes modalidades de captura –los dos grandes eventos en los cuales se afecta la libertad de las personas– se hace manifiesta la prevalencia del principio de libertad en el nuevo estatuto procesal.

C) RESTRICCIÓN EXCEPCIONAL DE LA LIBERTAD Y PRINCIPIO DE DIGNIDAD: NÚCLEO DE LAS NORMAS RECTORAS DEL NUEVO CÓDIGO

La norma reseñada constituye el segundo principio rector de la normativa procesal. El primero es el principio de la dignidad. Los dos se leen, empero, conjuntamente y constituyen núcleo central de las normas rectoras. En el caso particular de las medidas restrictivas de la libertad, su impacto debe ser medido en función de la situación de dignidad o indignidad en la cual debe adelantarse la medida. Por esa razón el juez, al autorizar una medida restrictiva de la libertad, debe tener en cuenta en el juicio de necesidad, proporcionalidad, adecuación y razonabilidad las condiciones objetivas de nuestro régimen carcelario. Estas herramientas de interpretación no se agotan, entonces, en el análisis del hecho, de las circunstancias en que este se cometió, de la gravedad desde el punto de vista legal del delito, sino que también deben profundizar en el análisis de las circunstancias en que se cumple la medida de aseguramiento.

Este hecho lleva a una conclusión más general en relación con todo el Código: para que este funcione en la práctica, se debe modificar sustancialmente el régimen carcelario. Se trata, desde luego, de una necesidad que no surge con la nueva normativa; siempre ha estado presente. Lo que sucede en este momento es que la restricción del uso de la detención preventiva, por ejemplo, su carácter limitado estrictamente a asegurar la comparecencia del sindicado, tiene que cumplirse en condiciones dignas o, de lo contrario, toda la normativa procesal es negada en la práctica. La dignidad está presente, tanto en los límites para dictar la medida cautelar, como en las restricciones para capturar y también en el contexto de la ejecución de la medida⁸. Tanto más será cierto ello si se

⁸ Sobre el sistema carcelario en Colombia son importantes los diversos trabajos de Mauricio Martínez, en los cuales se enfatiza el carácter crítico de la justicia penal, manifiesto sobre todo en las condiciones del sistema carcelario. A manera de ejemplo, el texto *Crisis de la administración de justicia penal en Colombia*. Temis, Bogotá, 1999.

tiene en cuenta que el Código está informado de manera general por el principio de humanización del proceso penal⁹.

Casos

Aclaración metodológica

Los jueces de la República, y no solo desde luego los jueces de control de garantías, han asumido con rigor la nueva normativa, y con ella, el principio de restricción excepcional de la libertad. De manera expresa en muchos casos, por ejemplo en eventos tramitados por los jueces de control de garantías, y como referencia que permanece en el núcleo de la argumentación y con efectos determinantes frente a la decisión de fondo, los jueces hacen alusión a la prevalencia del principio de libertad, como fundamento del nuevo sistema procesal penal.

Enseguida se hará mención a diversos casos en los cuales se ilustra lo expuesto. Se aclara que estos no serán reseñados en toda su complejidad, sino abordados en relación con diferentes temas y acápite del Módulo, y sus soluciones se señalarán en función del aspecto más relevante originado por el caso. En este momento, se hará alusión a ellos, en relación con el tema particular hasta aquí tratado, que es el de la prevalencia del principio de libertad en el nuevo estatuto procesal.

Los casos se reseñarán sintéticamente, se citará el número extenso que hoy, por organización interna del sistema, le corresponde, pero se le dará un nombre con el cual, desde el punto de vista metodológico, sea más conducente su ubicación y más práctico su manejo como tal. Se trata de establecer familiaridad con los casos, ya que estarán relacionados a lo largo de todo el texto.

Los casos se enumeran dentro del Módulo a medida que van ingresando. De esta manera pueden ser ubicados con facilidad, al mismo tiempo que conservan sistematicidad

⁹ En función de la nueva normativa es necesario, aunque también lo es desde hace tiempo en relación con el Código Penal, modificar los currículos de las facultades de derecho. El mero ejercicio memorístico del derecho hace rato ha dado paso a un ejercicio más ilustrado en función de la teoría constitucional, de la teoría del derecho, de la teoría de la argumentación. El nuevo jurista debe ser entrenado para detectar problemas jurídicos relevantes, para allegar la información pertinente –siempre con una vocación internacional–, para ubicar la jurisprudencia necesaria, para ilustrarse con la doctrina más pertinente. Nociones como adecuación, necesidad, proporcionalidad, razonabilidad así lo exigen. Es común oír hablar de la necesidad de crear una nueva mentalidad en el operador de justicia para lograr que funcionen las reformas; ello es cierto, empero, tan solo parcialmente. Más profunda es, en cambio, la necesidad de adecuar el sistema académico a la nueva complejidad alcanzada y a los desafíos de la internacionalización.

PREVALENCIA DEL PRINCIPIO DE LIBERTAD EN LA NUEVA ESTRUCTURA PROCESAL

en la estructura interna de todo el escrito. Por ejemplo, en el presente apartado se reseñan cinco casos del número total escogido. Luego, el caso número 6 se reseñará en el aparte correspondiente y de allí en adelante irán ingresando casos sucesivamente, los cuales conservarán el nombre y el número asignados dentro del Módulo.

Caso 1. “San Alejo”

Juez 20 Penal Municipal con funciones de control de garantías.

Audiencia celebrada el día 10 de enero de 2005.

Radicado No: 110016000027200500004.

Hechos del caso

Una persona, el día 9 de enero de 2005, en el sector céntrico de Bogotá, denominado “San Alejo”, y en el cual funciona los fines de semana un “mercado de las pulgas”, fue encontrada en posesión de 10 cartuchos de municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas. Se trató de material prohibido, el cual sería vendido por la persona. Esta fue capturada y al día siguiente se efectuó la audiencia preliminar ante el juez de control de garantías, en la cual se adelantaron los eventos de control de captura, imputación y posible imposición de medida de aseguramiento.

Toda la argumentación del juez, particularmente en relación con la solicitud de la medida de aseguramiento, fue articulada y motivada con base en la prevalencia del principio de libertad. En concordancia con el juicio de ponderación adelantado, y apoyado sobre todo en el acto legislativo reformatorio de la Carta Política, mediante el cual se adoptó el nuevo sistema, el juez de control de garantías establece la prevalencia del principio de libertad. Es interesante, en este caso particular, la referencia permanente del juez al acto legislativo reformatorio de la Constitución Política.

Caso 2. “La zorra en Bogotá”

Juzgado 30 Penal Municipal con funciones de control de garantías.

Evento celebrado el día 21 de enero de 2005.

Radicado No: 110016000013200500142.

Hechos del caso

En un sector del centro de Bogotá, el día 24 de enero de 2005, fue capturada en flagrancia una persona que se desplazaba por el sector llevando una “zorra”, o

carretilla, como se le dice a este medio de transporte en Bogotá, en la cual la persona llevaba diversas cajas de cartón con sustancias alucinógenas, más concretamente marihuana. La Policía venía haciendo seguimiento al caso por informaciones obtenidas, y se logró la captura en flagrancia de la persona que conducía la carretilla.

En este caso, respecto del cual se adelantaron cuatro eventos: control de diligencia de allanamiento a morada, captura, imputación y medidas de aseguramiento, el juez adelantó una reflexión legal y constitucional en relación con diversos derechos fundamentales y, de manera muy especial, en relación con la importancia de la libertad y de su preservación. En su análisis de los requisitos exigidos para la imposición de la medida, el juez aborda no solo el aspecto estrictamente legal, sino también, con especial atención, el fenómeno constitucional. Y una vez lo hace, da prioridad a la argumentación acerca de la importancia de la libertad en el nuevo esquema procesal penal.

Caso 3. “El atraco”

Juzgado 19 Penal Municipal con funciones exclusivas de control de garantías.

Audiencia preliminar celebrada el 9 de marzo de 2005.

Radicado No. 11600001320050047. Radicado interno: no: 2400.

Hechos del caso

Dos sujetos robaron, usando armas de fuego y armas blancas, a una persona. Le hurtaron dinero, un reloj y un celular. No le produjeron heridas, pero usaron las armas como amenaza. La persona afectada es el conductor de un vehículo de servicio público. Los sujetos huyeron y fueron capturados con ayuda de la ciudadanía. Uno de ellos, que no se encontraba presente en la audiencia, se enfrentó con la Policía y fue herido. Dos sujetos capturados fueron llevados ante el juzgado de control de garantías, previa solicitud de audiencia por parte del fiscal. Se trató de un hurto calificado y agravado.

La jueza, en lo que parecería un caso “fácil”, dada la evidencia del caso y la gravedad del hecho mismo, no obstante, se detiene en los problemas jurídicos derivados del mismo, y aborda una posición pedagógica en la cual destaca las consecuencias para el ejercicio de la función punitiva, de la consagración constitucional de los derechos y garantías. Destaca el principio de libertad y sus connotaciones.

Caso 4. “Droga en la cárcel”

Juzgado 30 Penal Municipal con funciones de control de garantías.

Evento adelantado el día 19 de abril de 2005.

Radicado No: 1111110001600001320050278400. 40006.

Hechos del caso

Este caso, interesante por los aspectos relacionados con la captura, ocurrió cuando el día 18 de abril de 2005, en la celda ocupada por tres personas, recluidas en ella por diferentes delitos, fue encontrada una cantidad importante de droga camuflada en el piso. Las tres personas fueron llevadas ante el juez de control de garantías y el fiscal solicitó la audiencia para discutir sobre tres eventos, uno de los cuales era la legalización de captura. La audiencia se llevó a cabo el día 19 de abril.

El juez, de manera explícita, inicia su argumentación haciendo alusión a la regulación constitucional de la libertad, a su consagración en el bloque de constitucionalidad y a los compromisos adquiridos por el Estado colombiano frente a los instrumentos internacionales. Incluso, y ello se puede reseñar desde ahora, el juez establece que la libertad es un derecho cuyo “núcleo esencial es uno solo, de tal manera que no se puede descomponer en diferentes eventos y respecto de diferentes sucesos”.

Se trata de un argumento muy interesante y pertinente, que se agrega a la consideración general sobre la prevalencia del principio de libertad. Para efectos de la argumentación, el juez, en este caso, a diferencia de una mayoría de eventos, inicia la reflexión, no en función de las normas legales que condicionan los requisitos para restringir la libertad, sino que, desde un principio, hace alusión a la consagración constitucional del derecho fundamental de la libertad.

Los distintos casos reseñados, independientemente de las decisiones que en relación con ellos se tomaron y que luego se reseñarán –en unos, se decretó medida de aseguramiento, en otros no; en unos se discutió la procedencia de la captura, en otros no–, revelan el interés de los jueces por rescatar principios rectores del nuevo proceso penal, como es el relacionado con la afirmación de la libertad y su restricción excepcional, tal como es previsto en diversas disposiciones reseñadas.

Caso 5. “Camión-acpm”

Juzgado 19 Municipal de Bogotá, con funciones de control de garantías.

Evento celebrado el 21 de enero de 2005.

Proceso: 11001600013200500153. Radicación interna: 0448

Hechos del caso

Un vehículo fue hurtado el día 4 de enero de 2005 en las horas de la tarde. Se difundió por radio el comunicado sobre el hurto del vehículo, que era un camión

UNIDAD 1

cargado con 500 galones de acpm, y dos horas después de perpetrado el hurto, un agente de la policía judicial, cerciorándose de las descripciones del vehículo enviadas por radio, ubicó dicho automotor, ordenó al conductor que se detuviera y luego pasó a capturarlo. (Debe anotarse que en el comunicado de la radio, el cual no se dirige a ese agente en particular sino que se emite de manera general, no se hizo ninguna descripción sobre las características morfológicas de la persona que pudo haber hurtado el vehículo).

Al día siguiente fue llevado el capturado ante el juez de control de garantías y, a solicitud del fiscal, se adelantó la audiencia pertinente, en la cual se entraría a evaluar en principio la legalización de captura, la posible imputación y la posible imposición de medidas de aseguramiento.

La decisión de la jueza de control de garantías se comentará en su momento; baste por ahora aclarar que la jueza, en relación con la captura, inicia su exposición estableciendo la prevalencia del principio de libertad; destaca la regulación legal de la captura que permite, por vía excepcional, y de acuerdo con los artículos 301 y 302 principalmente, la captura en flagrancia. No obstante, enseguida argumenta, y lo hace desde el punto de partida de su función como juez constitucional, que de acuerdo con la Carta Política, existe el principio de restricción judicial de la libertad. De esta forma, según la funcionaria, ello hace que su juicio de ponderación entre las necesidades de la administración de justicia y la restricción posible de la libertad, sea un juicio especialmente complejo y digno de un mayor cuidado.

Guía de trabajo del capítulo No. 1.

Prevalencia del principio de libertad en la nueva estructura procesal colombiana

El fundamento de esta guía, que sintetiza de manera esencial el primer capítulo del Módulo, es el siguiente: la prevalencia del principio de libertad en el nuevo régimen procesal y su restricción excepcional de la misma.

Principios que deben tenerse en cuenta para el desarrollo de la presente guía:

1. El proceso penal es derecho constitucional aplicado. Existe una dependencia constitucional en la interpretación de la norma procesal.
2. La libertad es el fundamento de la existencia individual en la sociedad y ello condiciona la lectura de las normas que regulan el régimen de libertad en el nuevo estatuto procesal.

3. La consecuencia de los principios anteriores es que la restricción de la libertad constituye una posibilidad excepcional (las normas del Código no están dirigidas a la regulación de los casos en los cuales se otorga la libertad o en los cuales esta se restituye, sino, y sobre todo, a la regulación de los eventos en los cuales esta se restringe de manera excepcional).

4. El principio rector del respeto a la dignidad humana, debe acompañar el juicio del operador de justicia frente al régimen de libertad.

Actividades

Caso “Droga en la cárcel”

Hechos del caso

Este caso ocurrió cuando el día 18 de abril de 2005, en la celda ocupada por tres personas, recluidas en ella por diferentes delitos, fue encontrada una cantidad importante de droga camouflada en el piso. Las tres personas fueron llevadas ante el juez de control de garantías y el fiscal solicitó la audiencia para discutir sobre tres eventos, uno de los cuales era la legalización de captura. La audiencia se llevó a cabo el día 19 de abril.

El juez, de manera explícita, inicia su argumentación haciendo alusión a la regulación constitucional de la libertad, a su consagración en el bloque de constitucionalidad y a los compromisos adquiridos por el Estado colombiano frente a los instrumentos internacionales. El juez, desde una lectura constitucional del régimen de libertad en el nuevo Código, establece que la libertad es un derecho cuyo “núcleo esencial es uno solo, de tal manera que no se puede descomponer en diferentes eventos y respecto de diferentes sucesos”.

Se trata de un argumento muy interesante y pertinente, que se agrega a la consideración general sobre la prevalencia del principio de libertad. Para efectos de la argumentación, el juez, en este caso, a diferencia de una mayoría de eventos, inicia la reflexión, no en función de las normas legales que condicionan los requisitos para restringir la libertad, sino que desde un principio hace alusión a la consagración constitucional del derecho fundamental de la libertad.

El juez indagó sobre el tipo de sustancia que fue encontrada en la celda. El juez le solicita al fiscal que aporte los elementos probatorios, con el fin de constatar el tipo de droga que se utilizó. El juez pide datos de identificación de las persona, como es el caso de las tarjetas dactilares.

Enseguida, el juez interroga al agente y considera en exceso precaria su respuesta: simplemente se hace referencia a la droga encontrada y a las personas, dándose por supuesto que ellas la tenían y allí la colocaron.

En relación con la captura en flagrancia, de manera general, el juez hace relación a la necesaria conexidad, a la necesidad de hallarse una vinculación entre la persona y el delito. En este caso, el juez no ahonda en ello, pues considera que no hay lugar a legalizar la captura, ya que se trata de personas de hecho capturadas. Es decir, según el juez, no hay captura por “sustracción de materia”. Se evalúa el problema de la flagrancia, se adopta una solución con base en las disposiciones legales que regulan el tema de la captura en flagrancia, y todo ello se adelanta con fundamento en el principio de partida adoptado: la lectura constitucional del régimen de libertad y su prevalencia en el estatuto procesal.

Aspectos centrales para el estudio del caso

1. Lo importante es tener en cuenta que, más allá de la solución específica que pueda dársele a un caso determinado, el análisis del caso debe adelantarse por el discente con base en la consideración general de la prevalencia del principio de libertad y en su restricción excepcional.

2. Desde luego, la solución del caso puede variar si se tiene en cuenta el principio general enunciado, o si este no se encuentra incorporado en la reflexión del funcionario. Pero lo importante para el ejercicio es tener en cuenta siempre el punto de partida comentado. La solución del caso no es, en este sentido, lo fundamental. La lectura legal debe hacerse siempre teniendo en cuenta las disposiciones constitucionales. Lo más importante es la incorporación cultural del principio de prevalencia de la libertad.

3. En desarrollo de lo anterior, se introduce una variable en el caso: no se trata ya de personas que están presas en una cárcel, sino de personas que han sido encontradas en una casa, en cuyo piso se encontró drogas alucinógenas. En este caso, según el tiempo transcurrido y la demostración de la conexión entre la conducta punible y las personas, puede darse una situación de flagrancia, y así lo valora el juez, pero esto no es relevante en este punto. Se propone que los discentes trabajen la variable introducida en el caso, desde el punto de vista de la prevalencia del principio de libertad.

Actividades complementarias

1. Desarrollar diferentes casos por cuenta propia, en los cuales se llegue a soluciones diversas, por ejemplo: en situaciones de flagrancia, en capturas adelantadas

con orden previa. Hacerlo conservando siempre el principio de prevalencia de la libertad y su restricción excepcional.

AUTOEVALUACIÓN DEL CAPÍTULO NO. 1

El principio general que debe condicionar todo el ejercicio desarrollado es el de ir incorporando una nueva cultura jurídica derivada del principio reseñado en esta guía.

Se debe tener en cuenta que, en gran medida, la transformación cultural que presupone el nuevo régimen procesal no se da tanto en el hecho de pasarse hoy a un régimen de justicia oral –este es un principio organizativo, razonable y de mayor eficiencia–, sino que se da más en un manejo de la libertad más acorde con los principios constitucionales y del derecho internacional relativo a los derechos humanos.

En esta dirección, el discente debe responder las siguientes preguntas:

Ca

1. ¿De qué manera aborda usted, como operador, las normas que regulan la libertad en el nuevo Código de Procedimiento Penal? ¿Lo primero que observa usted es la regulación legal de la materia, o la concibe en términos constitucionales?
2. ¿De qué manera entiende usted el cambio cultural que el nuevo sistema procesal penal trae consigo en la comunidad jurídica colombiana?
3. ¿Entiende su papel, en tanto juez de control de garantías, como un juez constitucional?
4. ¿Entiende que el rol de juez constitucional se refiere, en el caso de la libertad, a la preservación de principios que fundamentan su regulación en el nuevo Código?

Estas preguntas se deben abordar en el marco de todas las guías y constituyen, de hecho, principios que orientan todo el ejercicio. Por ejemplo, en el caso de la aplicación posterior del principio de proporcionalidad, las preguntas formuladas necesariamente se relacionan con la aplicación práctica de dicho principio.

UNIDAD 2

REGULACIÓN DE LA CAPTURA EN EL NUEVO ESTATUTO PROCESAL

Qg

- Reconocer y hacer suyos, en la práctica, por parte del operador, los cambios sustanciales introducidos en el nuevo Código, en relación con la regulación general de la captura.

Qe

- Reconocer la importancia de las decisiones tomadas por la Corte Constitucional en relación con el nuevo régimen de captura.
- Conocer las diferentes posiciones posibles, en torno a la existencia de figuras controvertidas, como es el caso de la captura administrativa.
- Aplicar una metodología consistente para el control de la captura, de acuerdo con el propio criterio, en relación con sus modalidades.
- Conocer los alcances y límites del control sobre la figura de la captura.

I. EL RÉGIMEN PROCESAL DE LA CAPTURA Y EL PRINCIPIO DE LIBERTAD: A PROPÓSITO DE LAS DECISIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Lo primero que es necesario aclarar, en relación con la regulación de la captura en el nuevo Código de Procedimiento Penal, es que el juez constitucional colombiano ha tomado decisiones muy interesantes respecto del articulado que la consagra. Antes de presentar las principales normas que conforman la estructura fundamental del régimen de la captura en el nuevo Código, es importante destacar que la Corte ha declarado inexequible una parte del artículo 2 del nuevo estatuto procesal. Específicamente, el último inciso en el cual se ha consagrado la figura, excepcional, de la captura adelantada directamente por los fiscales. El artículo señalaba: “En las capturas en flagrancia y **en aquellas en donde la Fiscalía**

General de la Nación, existiendo motivos fundados, razonablemente carezca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito... ”. (La Corte declaró inexequible la parte en negrillas del inciso reseñado).

Ahora bien: según el comunicado de prensa, también la expresión inicial, “en las capturas en flagrancia”, estaría afectada en su constitucionalidad. Pero esto sería incomprensible, ya que en realidad se trata de temas independientes: la captura en flagrancia está plenamente vigente. Hay que esperar la redacción final de la Corte. No obstante, es necesario adelantar algunas reflexiones ya que se trata de un tema fundamental. También hay que tener en cuenta que en el anuncio inicial del fallo por parte de un medio de comunicación se hace referencia a cómo la Corte dejó sin piso la captura administrativa. Pero esto tampoco es –en ningún caso– claro, son meras especulaciones; aunque, desde luego y como se ha advertido, la decisión de la Corte sí generaría consecuencias sobre la figura de la captura administrativa. Teniendo en cuenta lo dicho, la reflexión se adelanta sobre la base de lo anunciado por la Corte, en relación con la captura excepcional de la Fiscalía¹⁰.

Para la Corte, según reza el comunicado de prensa del 12 de julio de 2005, el problema jurídico que se planteó fue si “la modalidad de captura realizada por los fiscales, sobre la base de motivos fundados y una situación tal que le impida solicitar previamente el mandamiento escrito de un juez, quebranta el artículo 28 de la Constitución que establece la reserva judicial para ordenar detenciones a los ciudadanos o, por el contrario, se enmarca dentro de la excepción constitucional contemplada en el inciso tercero del numeral 1 del artículo 250 de la Carta. Asimismo, corresponde a la Corte determinar si la norma acusada, delimita de manera clara y precisa los casos y condiciones exigidas por el constituyente, para que la Fiscalía General de la Nación pueda, excepcionalmente, proceder a realizar una captura”¹¹.

¹⁰ De todas maneras, algunos de los miembros del Conversatorio Interinstitucional del Sistema Acusatorio, con quienes se ha discutido este tema, consideran, también basados apenas en el comunicado de prensa, que la captura administrativa se afecta necesariamente. Por ejemplo, para el juez Carlos Moreno, “pese a que el artículo 300 está vigente, sólo podrá ser aplicado de manera restrictiva y no expansiva, y esto nos puede llevar, al conocer el texto completo de la sentencia, que se está terminado de manera definitiva con la captura administrativa”. De igual manera, la juez Rosa Irene Velosa, luego de discutirlo con varios fiscales, concluye: “Parecería de todas maneras lógico que el fallo también afectara la captura administrativa, porque si no le da a la fiscalía facultad para capturar discrecionalmente, menos se la va a otorgar a la policía judicial”. (Tomados del documento: “La captura en el nuevo estatuto procesal: regulación general”, de agosto 9 de 2005. Véase: www.ramajudicial.gov.co/sistema penal acusatorio/Conversatorio sistema penal acusatorio/).

¹¹ Corte Constitucional, comunicado de prensa del 12 de julio de 2005, p. 3. Como se ha aclarado desde la presentación al Módulo, el texto se redacta en un momento en que se anuncia decisiones diversas por parte del juez constitucional. Por esa razón, se cita aquí el comunicado y lo que en él se constata, aclarando que el texto definitivo de la providencia no se cita, pues al momento de la redacción final del Módulo no se contaba con dicho texto definitivo.

A juicio de la Corte, “la adopción de un sistema penal acusatorio implica un cambio fundamental en el papel que le corresponde cumplir al fiscal en el proceso penal y, en tal sentido, resaltó la clara voluntad del constituyente de sustraerlo de la competencia para ordenar la privación de la libertad del investigado, la cual se reserva como regla general, al juez de garantías (art. 250-1 C. P.)”.

De esta forma, la Corte enfatiza el principio constitucional de reserva judicial de la libertad. Ya lo había hecho en providencia reciente del mes de junio de 2005. En dicha ocasión, a través de la sentencia No. C-591 de 2005 la Corte, en su estudio de constitucionalidad del inciso cuarto del artículo 302 del Código, estableció que no le correspondía al fiscal adelantar una valoración material de los supuestos con base en los cuales podría dejar en libertad a una persona, si no concurrían dichos supuestos que permiten la adopción de la detención preventiva. A juicio de la Corte, a la fiscalía solo le corresponde adelantar una valoración estrictamente objetiva de dichos supuestos; la valoración material le corresponde únicamente al juez de control de garantías.

La Corte condiciona así la constitucionalidad del inciso y refuerza el control material del juez. En esa dirección se coloca también la nueva decisión: para la Corte, en el nuevo sistema penal acusatorio, la división de funciones es clara, y al fiscal no le corresponde adelantar capturas directamente. Dice, en consecuencia, la Corte, que la “norma acusada carece de la claridad y precisión que exige la regulación del ejercicio de una facultad excepcional que restringe la libertad personal y, por ende, viola el principio de legalidad y los artículos 29 y 250, numeral 1 de la Constitución Política”¹².

El juez constitucional enfatiza el problema de los fundamentos para capturar y va más allá de la mera separación de funciones. Consideró que “la indeterminación de las condiciones en que se concibe la posibilidad de captura por la Fiscalía General, atenta contra la presunción de inocencia y la garantía de la libertad, pues deja al arbitrio del fiscal la calificación de los “motivos fundados” y de las razones por las cuales no tuvo la oportunidad de solicitar la orden del juez para proceder a una captura, con lo cual la excepción se convierte en regla general”¹³.

La Corte, sin duda, ha tenido en cuenta aquí la tradición del país: en numerosas ocasiones, muy especialmente al amparo del estado de sitio o del nuevo estado de excepción, se ha capturado directamente y sin orden judicial, con base en “motivos

¹² Ibídem, p. 3.

¹³ Ibídem, p. 3.

fundados”, sin haber sido estos, empero, fundamentados con el rigor extremo que ello merece.

De esta forma, la Corte ha tomado una decisión muy compleja y polémica que debe entenderse en el contexto, no solo de lo regulado estrictamente en el nuevo Código, sino de lo que ha acontecido en el país –recuérdese que en la última declaración del estado de commoción interior de 2003– uno de los puntos más polémicos fue la posibilidad de capturar sin orden judicial. Todo ello, además, bajo el supuesto siempre vago de los “motivos fundados”. Para la Corte, en el nuevo contexto procesal –en el ámbito de un orden procesal condicionado por el bloque de constitucionalidad– la captura directa del fiscal sin orden judicial no es viable. Con ello se limita, tal como se estudiará a continuación, el número de capturas autorizadas hoy en el régimen procesal penal.

II. ARMONIZACIÓN DE LA NORMATIVA PROCESAL CON BASE EN LAS DECISIONES DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

No obstante, como se ha dicho, la decisión reseñada es compleja y polémica, y de ello da cuenta el salvamento de voto: para los tres magistrados disidentes, no se podía adelantar una valoración del artículo 2 de manera independiente, sino que este debía ser analizado conforme a las posibilidades generales abiertas por el acto legislativo y establecidas en el numeral 1 del artículo 250 de la Carta, y por los artículos pertinentes del Código, como lo es, por ejemplo, el artículo 300. Dicen los magistrados, en consecuencia, que el “aparte normativo acusado no contradice el artículo 28 de la Constitución, que exige orden judicial para proceder a esa detención, habida cuenta de que la Fiscalía es un organismo judicial, como tampoco desconoce los límites enunciados en el artículo 250-1 superior, en la medida en que el ejercicio de esa facultad excepcional se restringe a los casos previstos en la ley y debe sujetarse a los requisitos y condiciones establecidas en el mismo Código de Procedimiento Penal, entre otros el artículo 300 de la Ley 906 de 2004”¹⁴.

Es cierto que desde el acto legislativo, y ello es especialmente problemático porque la decisión no lo cobija, se establece claramente que la “ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas”. En consecuencia, surge la pregunta: ¿qué ocurre con esta posibilidad, establecida

¹⁴ Salvamento de voto de los magistrados Rodrigo Escobar, Marco Gerardo Monroy Cabra y Humberto Sierra, en: Corte Constitucional, comunicado de prensa del 12 de julio de 2005, p. 3.

directamente en la Carta? Además, dicha posibilidad, de hecho, se ha regulado, no solo en el artículo 2 que es, en todo caso, un principio general, sino directamente en el artículo 300. Por esa razón, la providencia de la Corte, necesariamente, debe referirse a todo el articulado y no generar confusión. Se trata, y en ello tiene razón el salvamento de voto, de una figura regulada en diversas normas procesales y con asiento en disposición constitucional.

En cualquier caso, de acuerdo con la decisión de la mayoría, es preciso adelantar una interpretación sistemática de las normas que se encuentran vinculadas directamente con la decisión; es el caso citado del artículo 300 que se refiere también a los motivos fundados. Es necesario armonizar el articulado, de tal forma que no se produzca confusión y que los operadores sepan exactamente qué deben hacer y cómo aplicar las normas. De hecho, a juicio de algunos jueces de control de garantías con quienes se ha discutido el tema –antes, desde luego, de conocerse la providencia final– la figura de la captura excepcional por parte del fiscal estaría vigente en razón al artículo 300 y a la disposición constitucional que se comenta. En efecto: se dice que “la sentencia lo que hace es restringir de manera estricta la facultad, ahora sí excepcionalísima, de retener o de capturar por parte de la Fiscalía, pues está exigiendo, al parecer, que los motivos fundados los debe reglamentar de manera exhaustiva el legislador”¹⁵. (Esto se considera de manera general acorde, además, con los instrumentos internacionales. Recuérdese que los párrafos segundo y tercero del artículo 7 de la Convención Americana en los cuales se aclara que “nadie puede ser privado de su libertad física salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”. Por esa razón, apunta la Convención al hecho de que “nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”.)¹⁶

¹⁵ Juez Carlos Moreno, en “La captura en el nuevo estatuto procesal: regulación general”, de agosto 9 de 2005, p. 14. Véase: www.ramajudicial.gov.co/sistema penal acusatorio/ Conversatorio sistema penal acusatorio/

¹⁶ La jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos ahonda al respecto. En la decisión sobre el caso Gangaray Panday (fondo) párrafo 47 se dice, en relación con el artículo 7, que él “(...) contiene como garantías específicas la prohibición de detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, respectivamente”. Interesante es esta conclusión que evita la mera concepción formal de la norma: “En el segundo supuesto se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aun calificados de legales– puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad”. Este fallo ha sido reiteradamente citado. Por ejemplo, en los casos Suárez Rosero (fondo), párrafo 43; niños de la calle (fondo), párrafo 131, entre otras decisiones.

Bajo la consideración anteriormente enunciada el juez citado estima, como se ha dicho, que el artículo 300 está vigente. Ahonda más en el asunto otra jueza de control de garantías, para quien “la Corte se está preocupando por que las facultades de la Fiscalía para afectar derechos fundamentales, en este caso la libertad, sean expresamente regladas por la ley, y que no quede a discrecionalidad del fiscal estimar cuándo se poseen motivos fundados o se elabora una inferencia razonable. Por ello, se pronunció sólo sobre el artículo 2º, pues este artículo no era necesario y podría generar confusión ampliando las facultades del fiscal según su propia convicción, sin atender el ordenamiento legal, como expresamente lo establece el artículo 250 de la Constitución. Siendo ello así, la referencia que el artículo 297 hace de la captura ordenada por la fiscalía debe leerse con base en el artículo 300 que en mi criterio sigue vigente”¹⁷.

Debe pedirse mayor claridad al juez constitucional en este punto. El silencio del juez constitucional en aspectos centrales genera más perplejidad y mayores dificultades en la aplicación de la normativa. Tal es el caso, como se verá, de la captura administrativa.

III. CONTROL MATERIAL SOBRE LAS MEDIDAS QUE AFECTAN LA LIBERTAD: UNA TAREA DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

En relación, empero, con el tema tratado, se debe recordar aquí, tal como se ha dicho, que la Corte en mayoría ha tomado una decisión no solo con base en la nueva normativa en sí, sino en la tradición jurídica colombiana y, a su juicio, con esta providencia y con la C-501 mencionada, la Corte ha hecho prevalecer que en el nuevo sistema procesal es el juez de control de garantías quien debe ejercer un control material sobre criterios fundamentales que son requisitos para capturar o para decretar medidas de aseguramiento. El principio general de la reserva judicial de la libertad se asume con rigor por la Corte y solo se admiten excepciones que son insalvables en el ejercicio cotidiano de la administración de justicia, como es el caso de la captura en flagrancia.

De acuerdo con lo expuesto, se puede abordar el análisis de las distintas formas de la captura que están actualmente vigentes en el nuevo estatuto procesal. Como se verá, la pregunta sobre si se encuentra vigente aún o no la figura de la captura administrativa es también uno de los interrogantes centrales que acompañan la actuación procesal penal.

¹⁷ Juez Rosa Irene Velosa, en: “La captura en el nuevo estatuto procesal: regulación general”, de agosto 9 de 2005, p. 14. Véase: www.ramajudicial.gov.co/sistema_penal_acusatorio/_Conversatorio_sistema_penal_acusatorio/

IV. SOBRE LA CAPTURA ADMINISTRATIVA: ¿SIGUE VIGENTE ESTA FIGURA?

En el marco del *Conversatorio Interinstitucional sobre el Sistema Acusatorio* que, como se ha dicho en la introducción, constituye un espacio de carácter interinstitucional en el cual se discuten los temas más relevantes y respecto de los cuales han surgido numerosos interrogantes, el tema relacionado con la captura ha sido el más debatido y, dentro de este, la vigencia, o no, en el nuevo estatuto procesal, de la figura de la captura administrativa. Este ocupó cerca de tres sesiones completas.

Lo primero que se debe aclarar en torno de este tema es que existen dos posiciones claras e irreconciliables: de una parte, quienes consideran que la figura no está vigente; y de otra, quienes consideran que sí lo está, y que los jueces de control de garantías deben adelantar un control de ella, en los casos en que tenga lugar. No se trata, además, de posiciones adoptadas por miembros de diversas instituciones de manera conjunta y unitaria. Es decir, no hay consenso general entre los jueces, ni en la misma Defensoría Pública, pues aunque la mayor parte de sus miembros que asisten al *Conversatorio* adopta la posición inicial, tampoco ello es unánime. Más parece serlo, en cambio, en la Fiscalía. De hecho, se registran diversos casos en los cuales los fiscales han asumido su existencia, y se han dirigido a los jueces de control de garantías para que adelanten el control respectivo.

En razón a esta última circunstancia, se discutió ampliamente en el *Conversatorio* acerca de la necesidad de aportar elementos a los jueces de control de garantías, para que estos puedan adelantar un control en aquellos casos en los cuales, a su juicio, tenga lugar la figura, y evitar con ello que los jueces queden sin herramientas cuando se vean abocados a la presencia de una captura que no se ajuste muy bien a aquellas que son reseñadas o reguladas directamente en el nuevo Código. Se trata con ello, también, y esto es muy importante, de evitar caer en figuras muy difusas y complejas, como la “flagrancia inferida” u otra clase de figuras relacionadas con la flagrancia que pueden ocasionar mayor confusión.

Se reseñó así, de manera pragmática, un hecho claro: hay casos en los cuales se han planteado el problema de la captura administrativa, hay fiscales que han solicitado su control y la policía la ha seguido aplicando en la práctica. En esa dirección, hay jueces de control de garantías que han adelantado un esquema de decisión muy interesante desde el punto de vista constitucional, que conjuga los diversos niveles de argumentación constitucional que han sido discutidos con los jueces, y que están reseñados en el *Manual para los Jueces de Control de Garantías en el Nuevo Sistema Acusatorio Penal*, publicado a instancia del Consejo Superior y de la Escuela Judicial,

con un esquema que controla la figura con base en las exigencias planteadas por la Corte en la sentencia de 1994. Nos parece, en este momento, que esta decisión, basada en hechos reales, es la más conducente, independientemente, desde luego, del hecho de que diversos jueces puedan concluir que la figura no está vigente. Antes de avanzar en los pormenores de esta posición es importante detallar los aspectos más relevantes de la discusión que se plantea.

A) REGULACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA CAPTURA ADMINISTRATIVA Y NUEVO RÉGIMEN PROCESAL

Para la juez Emely Salcedo, quien, de acuerdo con el esquema metodológico seguido por el *Conversatorio*, presentó el tema ante el auditorio, “llama la atención el hecho de que el Código de Procedimiento Penal no haya consagrado la captura administrativa, que desarrolló la Sentencia No. C-024 de 1994 de la Corte Constitucional en virtud del inciso segundo del artículo 28 de la C. P., y llama más la atención aun que en la reciente sentencia C-237 del 15 de marzo de 2005, que declaró inexequible parte del artículo 69 del Código Nacional de Policía y que permitía la captura por orden administrativa, haya aceptado la captura en flagrancia como *única excepción a la reserva legal y judicial en materia de restricción a la libertad*”¹⁸.

En efecto: uno de los argumentos más fuertes esgrimido por los operadores que asumen la primera posición, es decir, aquella según la cual la captura administrativa no se encuentra vigente, se refiere a su no regulación en el nuevo Código de Procedimiento Penal. Es decir, se trata del argumento de la *legalidad*. Un buen número de jueces, especialmente, se pregunta: ¿cómo puede estar vigente la figura de la captura administrativa, si el nuevo Código no la regula explícitamente? Y es, como se ha dicho, un argumento especialmente fuerte, ya que el Código, como estatuto procesal general, debería regularla. Tanto más cuanto que, de hecho, regula figuras excepcionales a la regla general de la reserva judicial de la libertad.

A juicio de diversos funcionarios judiciales, las únicas excepciones que se permiten a la reserva judicial de la libertad son las contenidas en el Código, y no es posible inferir más. (Aquí habría que tener en cuenta lo decidido por la Corte y reseñado en el comunicado del 12 de julio. Quiere ello decir que la única excepción sería la captura en flagrancia). Ello equivaldría a negar la prevalencia del principio de

¹⁸ Emely Salcedo. “La captura en el nuevo sistema penal”, en: *Conversatorio interinstitucional sobre el sistema penal acusatorio. Captura administrativa*. Texto del 13 de julio de 2005, p. 3. Véase: www.ramajudicial.gov.co/sistema-penal-acusatorio/

libertad y su restricción excepcional; además, a su juicio, la Corte Constitucional, en la sentencia de marzo de 2005, con ponencia del magistrado Araújo, solo se refiere a la captura en flagrancia como única excepción y, en ningún caso, hace referencia a la captura administrativa.

B) SILENCIO DEL JUEZ CONSTITUCIONAL Y CONFUSIÓN EN LOS OPERADORES DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PENAL

De hecho, el silencio del juez constitucional ante la captura administrativa y, más aun, en torno a la sentencia de 1994, es una circunstancia que ha propiciado la inseguridad en relación con el tema. Es decir, se ha demandado por parte de los operadores e intérpretes una mayor claridad a la Corte respecto de la figura de la captura administrativa. En esta dirección, y de acuerdo con el argumento expuesto sobre la legalidad, es pertinente entonces formularse la siguiente pregunta: ¿Se puede admitir la captura administrativa en el nuevo sistema procesal penal, cuando la Ley 906 de 2004 no la consagra? Y, si ella se aplica, ¿cómo se podría armonizar con el reciente pronunciamiento de la Corte en la sentencia C-237 de 2005, la cual solo contempla la captura en flagrancia como una excepción a la captura por orden judicial?

C) ARMONIZACIÓN ENTRE LA FUNCIÓN DE ADMINISTRAR JUSTICIA Y LA FUNCIÓN DE CONTROL DEL ORDEN PÚBLICO

Lo primero que se debe tener en cuenta frente al interrogante planteado es el hecho de que la captura administrativa encuentra su origen en el inciso 2 del artículo 28 de la Constitución Política y fue desarrollada por la jurisprudencia constitucional por medio de la Sentencia No. C-024 de 1994.

En esa sentencia se concluyó que, en materia de derechos y libertades, existe reserva legal, dado que la Constitución de 1991 establece que la regulación de esos derechos está en cabeza del Congreso, mientras que el mantenimiento del orden público es responsabilidad, y está bajo el mando del Presidente de la República. Se introdujo el criterio del mantenimiento del orden público que, como se verá, es decisivo en este punto, aunque problemático, en la medida en que no siempre están muy claros los límites entre las funciones propias de la administración de justicia que se delegan a la policía, y las funciones de mantenimiento del orden público.

Para la Corte, en el contexto del artículo 28 de la Carta y en relación con las posibilidades de afectación de los derechos de libertad personal e inviolabilidad de domicilio, existen tres requisitos: la existencia de un mandamiento escrito de

autoridad judicial, el respeto a las formalidades legales y la existencia de un motivo previamente definido en la ley. Del primero se deriva la reserva judicial y, de los dos últimos, la reserva legal.

No obstante, admite la Corte que la Constitución Política ha contemplado algunas excepciones a la reserva judicial, de acuerdo con lo previsto en el inciso segundo del artículo 28 mencionado y en el artículo 32 de la Carta: son estas la captura en flagrancia y, desarrollando el concepto de aprehensión con carácter preventivo, la captura administrativa. O, como lo dice la Corte: “La detención preventiva derivada de aprehensión material”¹⁹. A su juicio, se justifican dichas excepciones, en razón de la inmediatez de los hechos delictivos y la premura que debe tener la respuesta que hace imposible la obtención previa de una orden judicial. (Ello, en la perspectiva de la preservación del orden público).

Según la Corte, esta clase de detenciones, específicamente la captura administrativa, no contradice sino que armoniza los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por Colombia (por ejemplo, el Pacto de derechos civiles y políticos artículos 9-3 y 9-4; la Convención Interamericana, artículos 7-5 y 7-6). Se trata, a juicio de la Corte, de un instrumento necesario para que las autoridades policiales cumplan con su papel preventivo y su deber constitucional de mantener el orden público. (Este es un aspecto interesante, ya que para algunos jueces que están aplicando el control de la figura la captura administrativa no contradice los tratados internacionales y, por esa razón, su control se basa, de hecho, en los lineamientos propios del bloque de constitucionalidad).

La captura administrativa se encuentra regulada ampliamente en esta sentencia, en la cual se supedita su aplicación a los más diversos requisitos²⁰. Son ellos:

- La objetividad (no los motivos fundados en la mera sospecha), relacionada con la plausibilidad de que una persona, efectivamente, se encuentre vinculada con actividades criminales.

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia No. C-024 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero. Para la Corte, en consecuencia, el inciso segundo del artículo 28 “consagra una facultad para que, en determinadas circunstancias y con ciertas formalidades, autoridades no judiciales aprehendan materialmente a una persona sin contar con previa orden judicial. No de otra manera se entiende la obligación constitucional de que la persona detenida preventivamente sea puesta a disposición del juez, puesto que ello significa que la autoridad judicial no ordena la detención con anterioridad, sino que verifica la legalidad de la aprehensión con posterioridad a la ocurrencia de la misma”. (Ibidem, pp. 214-215).

²⁰ La Corte desarrolla los siguientes criterios o requisitos, en el contexto de la figura de la detención preventiva en el derecho constitucional colombiano. (Corte Constitucional, Sentencia No. C-024 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero, Fundamento 7.2, p. 218 y ss.).

- La necesidad de la medida puesto que debe demostrarse que se trata, efectivamente, de situaciones de mayor apremio.
- La detención, cuyo único objeto es la verificación o constatación de los hechos relacionados con los motivos fundados.
- El límite de tiempo, esto es, 36 horas para la libertad o poner al capturado a disposición del juez.
- La proporcionalidad, en relación con la gravedad del hecho.
- El respeto, en todo caso, en el procedimiento al Hábeas Corpus como una garantía del control de aprehensión.
- El respeto a la igualdad y a la no discriminación.
- La prohibición de allanamientos o registros domiciliarios sin orden judicial, excepto que la persona se resista a la aprehensión refugiándose en su domicilio, caso en el cual se asimila la figura a la flagrancia.
- El trato humano a la persona y con el respeto pleno de su dignidad, la cual debe ser informada de la razón de su detención y de los derechos constitucionales y legales que le son inherentes.

D) LA SENTENCIA DE MARZO DE 2005: ¿SIGUE VIGENTE LA CAPTURA ADMINISTRATIVA?

Como se puede observar, la captura administrativa es reconocida, desarrollada y, lo más importante, sometida a un estricto régimen de control, por la providencia del año 1994. No obstante, como se ha dicho, surge, en virtud del argumento de la legalidad, la pregunta de por qué ella no se encuentra regulada de una manera expresa en el nuevo Código. Si la respuesta al interrogante radica en el hecho de que dicha captura, como función relacionada con la preservación del orden público, está de todas formas vigente, ya que su asiento está en un nivel superior, es decir, en la Carta Política, entonces surge de nuevo una pregunta frente a la nueva decisión de la Corte: ¿por qué el juez constitucional, esta vez, en sentencia No. C-237 del 15 de marzo de 2005, al resolver la demanda de inconstitucionalidad del artículo 69 parcial del Código Nacional de Policía, enfatizó a lo largo de su pronunciamiento que la única excepción a la reserva judicial para la restricción del derecho de libertad personal es la flagrancia?

Más aun: ¿Por qué la Corte no se refiere a la captura administrativa? ¿Debe entenderse que su pronunciamiento es general, es decir, que al establecer una sola excepción, la Corte de plano dejó sin vigencia la captura administrativa? ¿Debe entenderse que la Corte cambió de doctrina e hizo ahora caso omiso al precedente, de acuerdo con nuevas condiciones objetivas o fácticas, que hacen que lo decidido en 1994 no se aplique más?

En la nueva providencia se establece, una vez se han reseñado los requisitos que la Carta Política ha previsto para poder privar o restringir la libertad personal, que así “se estructura el límite a la libertad personal basado en mandamiento escrito proveniente de autoridad judicial competente con el lleno de las formalidades legales y por motivos previamente establecidos en la ley. En efecto, los motivos no pueden ser otros que los autorizados en la ley y la autoridad no puede ser distinta de aquella que tenga competencia para ordenarla”. De esta manera, entonces, “solo las autoridades judiciales cuentan con la competencia para privar de la libertad. En consecuencia, las autoridades administrativas no poseen la facultad motu proprio de privar de la libertad, sea directa o indirectamente, al menos que esta decisión provenga de la autoridad judicial competente...”²¹. Como se ha dicho, la Corte insiste en la reserva judicial de la libertad, en el hecho de que corresponde al juez tomar la decisión, en función de la restricción de la libertad. Con una única excepción: la situación de flagrancia. Así, se establece que la “flagrancia, como excepción al principio de reserva judicial, se basa en el artículo 32 de la Constitución Política”²².

La Corte concluye, “en primer lugar, que la captura de que trata el inciso 2 parcial del artículo 60 del Decreto-ley 1355 de 1970, no proviene de autoridad judicial competente, sino del desconocimiento de una orden de carácter administrativo, vulnerándose el principio de reserva judicial establecido en el artículo 28 constitucional”²³. Y, agrega, “en segundo lugar, que dicha captura se efectúa en momento diferente de la flagrancia, vulnerándose la excepción al principio ya referido establecido en el art. 32 constitucional”. Así, declara inconstitucional la expresión contenida en el inciso mencionado, “si la persona citada no cumple la orden de comparendo deberá ser capturada”²⁴. La Corte relaciona, de esta forma, la única excepción a la reserva judicial, con la imposibilidad para una autoridad administrativa de capturar sin orden judicial previa, y en razón a comparendos emitidos.

²¹ Corte Constitucional, Sentencia No. C-237 de 2005, M.P. Jaime Araújo Rentería, fundamento I, p. 9.

²² Ibídem, fundamento 2, p.10.

²³ Ibídem, fundamento 3, p. 14.

²⁴ Ibídem, fundamento 3, p. 14.

La Corte hace referencia al artículo 28, pero no al inciso segundo a partir del cual se ha derivado la figura de la captura administrativa, sino a las condiciones generales bajo las cuales procede la captura, para subrayar el principio de reserva judicial.

La circunstancia ya señalada, el silencio del juez constitucional ante la captura administrativa y, más aun, su silencio en torno a la sentencia de 1994, ha propiciado la inseguridad en relación con el tema. Es decir, se ha demandado, por parte de los operadores e intérpretes, una mayor claridad a la Corte respecto de la figura específicamente de la captura administrativa. (En este sentido, es pertinente leer detenidamente el contenido de la sentencia de la Corte reseñada en comunicado del 12 de julio de 2005, en relación con la declaración de inconstitucionalidad de un apartado del artículo 2 del Código y conocer si la Corte se refiere específicamente a la captura administrativa, pues seguramente que con ello quedaría saldada la discusión).

No obstante, se dice también que la Corte Constitucional se ha referido en la providencia de marzo, a una situación muy particular relacionada con el Código de Policía, y que su decisión no constituye, o implica, una consideración general sobre el tema de la captura. De esta manera, entonces, su decisión no necesariamente significaría que la sentencia de 1994 y lo decidido allí ya no deban tenerse en cuenta. En cualquier caso, el silencio de la Corte en este punto es problemático. Ello, sobre todo, si se observa que en la vista fiscal la Procuraduría General de la Nación sí se refiere a la figura y específicamente a la captura que es posible adelantar a partir del inciso 2 del artículo 28 de la Carta.

E) LOS DILEMAS DEL PRECEDENTE JUDICIAL

Quienes consideran que la figura de la detención preventiva ha desaparecido conciben que un tránsito como el que ha operado con la nueva normativa, supone que la decisión de la Corte no sigue cobijando los hechos bajo la nueva normativa; consideran que, a pesar de que no hay cambios en la Carta Política, por ejemplo en relación con el artículo 28, de acuerdo con el mismo acto legislativo y con lo explícita que es ahora la exigencia de preservar en todo caso la reserva judicial de la libertad, debe entenderse que la sentencia de la Corte reguló en su momento una figura que hoy no existe.

Se adelantan, en este sentido, argumentos sobre la cosa juzgada material y su no aplicación en este caso, independiente, incluso, de que en la sentencia de marzo de 2005 no se haya hecho referencia explícita a la captura administrativa y, más

aun, a la sentencia de 1994 de la misma corporación. Especialmente, un número importante de jueces y de defensores públicos considera que, con la nueva sentencia de la Corte, queda sin vigencia lo expuesto por ella en 1994. Se dice que, de acuerdo con la misma Corte y con la normativa que regula el precedente judicial, cuando desaparecen los mismos supuestos fácticos que ampararon una decisión la Corte Constitucional puede, entonces, apartarse de una previa decisión suya. Se reitera el hecho de que la Corte, en la sentencia de marzo, solo ha aceptado como única excepción la captura en flagrancia. Por lo tanto, una referencia tan clara a una figura excepcional excluye de plano la posibilidad de entender que existan otras figuras excepcionales o paralelas. El argumento de la legalidad ha tomado fuerza en relación, no solo con lo dispuesto directamente en el Código, sino también respecto con la providencia de la Corte.

Al contrario, los defensores de la segunda posición reseñada argumentan, tal como se ha dicho, que la decisión última del juez constitucional se refiere a ciertas facultades muy específicas de la policía y, por lo tanto, no había necesidad en dicha decisión de referirse al problema de la captura administrativa: se da por sentado que ella está vigente²⁵.

V. UNA DECISIÓN PRAGMÁTICA: SE ACEPTA LA CAPTURA ADMINISTRATIVA PREVENTIVA Y SE SOMETE A UN CONTROL ESTRICTO

Ahora bien: más allá de las diferencias claras que existen entre las dos posiciones mencionadas, en lo que sí se puede percibir un consenso en las diferentes discusiones es en el hecho de que en ningún caso puede volverse hoy a situaciones generalizadas en la historia de Colombia, como el uso que, en función del orden público, se le dio a la figura de la captura administrativa, en la época del denominado “Estatuto de Seguridad”, a finales de la década del 70. En esa época se empleó arbitrariamente el artículo 28 de la antigua Carta Política y, con ello, se pervirtió el sentido de esa forma especial de la captura.

Es esa la inquietud que ha asaltado, por ejemplo, a diversos defensores públicos: la aceptación de la captura administrativa podría traer como consecuencia la generalización de su uso y la conversión de esta, como figura eminentemente excepcional, en una de uso generalizado. Se demanda, en todo caso, una mayor acusiosidad en el ejercicio

²⁵ Las diversas posiciones aquí reseñadas se documentan en el texto del *Conversatorio* de julio 13 ya citado y referido a la figura de la captura administrativa.

de la investigación por parte de las autoridades encargadas, de tal manera que en la realidad práctica la captura preventiva sea verdaderamente excepcional.

No obstante ser cierto el temor reseñado, debe entenderse que el origen de la sentencia de la Corte de 1994 constituye un esfuerzo del juez constitucional por limitar los efectos de la figura, por limitarla en el ámbito del derecho –recuérdese, por ejemplo, la interpretación que se le dio en su momento al antiguo artículo 28 que permitió retener más de 10 días a una persona sin ponerla a disposición de la autoridad competente– y por evitar su uso desinstitucionalizado. La Corte limitó, con acierto, los efectos de la figura en la práctica. Y es ese el sentido del fallo que hoy, cuando en diversos casos se ha controlado capturas administrativas, debe preservarse.

En efecto: algunos jueces están ejerciendo un control sobre situaciones que, más allá de ser vistas como capturas en situaciones de flagrancia, son concebidas como capturas administrativas. Por esa razón, entonces, se hace necesario, incluso más allá de aceptar su existencia o no, desarrollar herramientas para que los jueces puedan controlar situaciones conflictivas, no fáciles de encuadrar en el contexto de las capturas en flagrancia o, en todo caso, que no puedan tan fácilmente enmarcarse en el ámbito de las figuras que sí son directamente reguladas por el Código.

Así, entonces, se propone, en una visión pragmática, que el juez adelante un control con referencia a la necesidad de la medida en el ámbito constitucional –el tercer nivel de argumentación que se trabaja en el *Manual para el juez de control de garantías*– y que luego el juez aplique los criterios que están contenidos en la sentencia de la Corte de 1994. De este modo se controlarían los efectos de la figura y todo ello se haría, desde luego, en la perspectiva de los derechos y de las garantías. En este sentido, varios jueces que aceptan la figura de la captura administrativa consideran que el garantismo no reside tanto en rechazar la figura como en regularla y limitar sus efectos en la práctica²⁶.

De acuerdo con lo planteado en el contexto del *Conversatorio*, se supo que una juez de control de garantías con sede en Usaquén había aplicado un esquema interesante de control de una situación que ella consideró propia de una captura administrativa. La juez fue invitada al *Conversatorio* y narró el caso correspondiente. Se trató de un homicidio pasional. Una persona mató a su mujer. Luego se dirigió al lugar donde labora su hermana; allí le confiesa lo que ha cometido. La hermana hace que el sujeto

²⁶ Véase por ejemplo, al respecto, la posición del juez Juan Pablo Lozano, aportada al *Conversatorio Interinstitucional* cuando se debatió el tema de la captura administrativa. Ver *Conversatorio Interinstitucional sobre el Sistema Penal Acusatorio. Captura administrativa. Texto del 13 de julio de 2005*, p. 3. Véase: www.ramajudicial.gov.co/sistema-penal-acusatorio/ *Conversatorio Sistema Penal Acusatorio/*

permanezca en el lugar y llama a la policía. Una vez dicho sujeto va a abandonar el sitio, es capturado por la policía. Han pasado cerca de 9 horas de cometido el hecho. La persona tenía una camisa todavía ensangrentada, pese a haber tratado de lavarla y a pesar del tiempo transcurrido. El fiscal presentó la captura a control de la jueza.

La jueza, con sede en Usaquén, consideró que no se daban los requisitos del Código para interpretar la captura como “captura en flagrancia”. Para la jueza, está vigente la captura administrativa. Pasó entonces a hacer el control de la misma. Considera que está vigente la sentencia de 1994 y que la sentencia de la Corte de marzo de 2005 no ha desconocido el precedente. Por lo tanto, basó su decisión en el cumplimiento de los requisitos y criterios elaborados por el juez constitucional desde aquel entonces, y a ello agregó, sobre todo, el tipo de delito como criterio central. La jueza dice que, en todo caso, se debe tener en cuenta el criterio del tipo de acción cometida.

Uno de los ejes de su decisión fue la “calidad del objeto”, como ella misma lo señaló. No se trata, desde luego, de un criterio ni mucho menos automático, pero sí fundamental. La jueza alude, incluso, a la jurisprudencia internacional, particularmente a la del Sistema Interamericano, en la cual se acepta y se regula estrictamente la figura. Además, la jueza introduce dos variables más en su juicio: la razonabilidad de la actuación de la policía, es decir, la verdadera posibilidad que tiene esta de asumir un caso en un tiempo determinado, y de acuerdo con las circunstancias. Y, luego, el criterio de actuación de la Fiscalía. Sumados estos dos criterios al primero, sobre el tipo de delito, la jueza efectuó el control y declaró legal la captura.

Como se ve, se trata de un tema extremadamente complejo; no existen criterios absolutos y simplemente, con buen tino además, ciertos jueces, como en el primer caso comentado, los han desarrollado para controlar en derecho una situación compleja y no verse abocados a declarar todo ilegal, o simplemente a crear figuras enredadas como es el caso de la flagrancia inferida o de la flagrancia sobreviviente: figuras con criterios peligrosistas que desarman la estructura que regula las posibilidades de capturar en el nuevo Código. Se asumió, en consecuencia en este caso, un criterio pragmático relacionado con el hecho indudable de que en la práctica se presentan situaciones de captura administrativa. Hoy, sin duda, todo este esquema se hará más claro con la nueva decisión de la Corte Constitucional.

Casos

Caso 6. “Aprehensión ilegal”

Juzgado 21 Penal Municipal con funciones de control de garantías.

6 de mayo de 2005.

Proceso No. 1100160000502050092. Radicación interna: 4651.

En este caso, la fiscal, con muy poco tiempo de haber conocido el caso, solicita a la juez de control de garantías ordenan la captura de una persona que al parecer ha incurrido en delitos sexuales con una menor. La fiscal adelanta la solicitud el día 6 de mayo, la audiencia se celebra hacia las 6:30 de la tarde. La fiscal narra hechos que son muy graves, como todos aquellos que entrañan conductas sexuales abusivas contra menores.

Una niña de 11 años convivió un tiempo, no se sabe en razón de qué, en un sector muy humilde, con un señor mucho mayor que ella, que al parecer había hecho algunos arreglos en casa de la niña, y conocía a su madre y a la niña misma. Conviviendo, abusaba de la menor. Era claro el delito posible en el cual incurría el abusador. Pero la juez, extrañada, indagó a la fiscal acerca de la posible captura, ya de hecho del señor en mención, puesto que, según constaba en el informe, parecería que aquel se encontraba en la estación de policía de Meissen.

La juez interrogó a la fiscal; esta, sorprendida también por las circunstancias, no contestó directamente la pregunta y solicitó que se llamara a diversos testigos, para aclarar las circunstancias. Desde el principio fue claro para la juez que el problema no era el delito en sí, la gravedad siempre innata en un delito sexual, sino el hecho de solicitarse una orden de captura a un juez de control de garantías, cuando la persona de hecho se encontraba capturada.

Se interrogó a uno de los testigos. Se trataba de un viejo amigo de la familia. Este había visitado el día anterior a dicha familia, mientras hablaba con la madre y una vez sintió sed se dirigió a una tienda con la niña quien, viéndolo en la acera del frente, reconoció al hombre que de ella había abusado. El amigo aprehendió físicamente a dicho hombre, luego de inquirirlo, también hizo presencia la policía y se pasó entonces a la retención del hombre una vez se había establecido la posibilidad de que se tratara de la persona que de la niña había abusado más o menos dos meses antes.

Según se aclaró entonces a la juez, tanto por la fiscal —aunque ella no estaba de hecho enterada de todas las circunstancias— como por una teniente de la policía, se trataba de una captura de carácter administrativo. (Es muy importante señalar que la funcionaria de policía, al ser indagada, no sabía exactamente dónde estaba la persona capturada y todo se reducía a meros supuestos. Se trata de un hecho grave, desde luego, en el contexto del manejo de la libertad de un ciudadano por parte de las instituciones estatales).

La juez, que reiteró varias veces la existencia, sin duda, de una posible conducta muy grave que se estaba ventilando, de una manera enfática, concibió la aprehensión

como un acto ilegal y no aceptó, de ninguna manera, la figura de la detención administrativa. La jueza, citando la Corte Constitucional, en sentencias reiteradas sobre la reserva judicial de la libertad, fundamenta su decisión. Sabe, reconoce de la gravedad de los delitos sexuales pero, expresamente, dice que en este caso se debe ponderar entre los derechos de una persona y un acto ilegal; según su juicio, es su función dejar clara la ilegalidad del acto y, además, no accede a la petición de la fiscal, en cuanto a la solicitud de una orden de captura.

Llama la atención con severidad sobre el tiempo que la persona lleva capturada y establece que 24 horas es un tiempo no razonable, incluso para aclarar antecedentes, como tarea de la policía. La jueza no acepta ninguna razón para que una persona pueda estar capturada tanto tiempo y aclara, desde luego ante la fiscal, que el acto irregular no ha sido de la fiscalía, sino de la policía. La consecuencia directa de la decisión es la libertad de la persona.

VI. REGULACIÓN GENERAL DE LA CAPTURA EN EL NUEVO ESTATUTO PROCESAL

Tal como se desprende directamente de lo dicho, la forma específica de la captura en el nuevo Código de Procedimiento Penal es mediante orden judicial. La excepción más clara es la captura en flagrancia y luego hay discusión acerca de la posible permanencia de la captura administrativa e, igualmente, sobre la vigencia de la captura excepcional por parte de la Fiscalía General de la Nación, reglada en el artículo 300. De estas dos últimas se ha hecho referencia en detalle; en este momento, el Módulo se ocupa de la regulación general de la captura adelantada mediante orden judicial, sobre los alcances del ejercicio de control por parte del juez de control de garantías, de las consecuencias de la declaración de ilegalidad de una captura. También se hará referencia a la captura en flagrancia, al sentido mismo de nociones como inmediatez, etc.

A) CAPTURA POR ORDEN JUDICIAL Y EL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

El inciso artículo 297 del C. de P. P., contiene una regulación compleja que el juez de control de garantías debe seguir en detalle. Nótese que este artículo es el primero que regula el régimen de la captura y esta la primera figura procesal relacionada con la regulación del régimen de libertad en el nuevo estatuto procesal. Recuérdese que el artículo 295 hace alusión expresa a la afirmación de la libertad en el nuevo Código, mientras que el artículo 296 se refiere a la finalidad de la restricción

de la libertad. Estas normas están situadas dentro del capítulo I del título IV que se refiere al régimen de libertad y su restricción. Siguiendo un lineamiento del derecho procesal penal liberal clásico, en el cual se entiende que el principio general es la prevalencia de la libertad, el Código se refiere de manera excepcional, secundaria, a la restricción de la libertad. Una de las formas de la misma es la captura.

El inciso 1 del artículo 297 se refiere a la orden emanada del juez. Dice la norma: “Para la captura se requerirá orden escrita proferida por un juez de control de garantías con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley”. (Este es el aspecto que ha sido subrayado por parte de la Corte Constitucional: el hecho de que sea el juez quien interprete, una vez han sido definidos previamente por la ley los motivos que den lugar a la captura de una persona. Se trata, como se ha dicho, de evitar que sea la policía o el fiscal los que interpreten estos motivos, que son una materia tan extremadamente delicada).

El juez, para proferir la orden, debe establecer varias circunstancias: tener en cuenta la existencia de una conducta que revista el carácter de conducta punible, que esa conducta comporte una medida de aseguramiento privativa de la libertad y, adicionalmente, que la medida se muestre necesaria, adecuada, proporcional y razonable. El segundo inciso del artículo 297 hace relación a la actuación del fiscal en función de la orden que solicita. Dice la norma: “El fiscal que dirija la investigación solicitará la orden al juez correspondiente, acompañado de la policía judicial que presentará los elementos materiales probatorios, evidencia física o la información pertinente, en la cual se fundamentará la medida. El juez de control de garantías podrá interrogar directamente a los testigos, peritos y funcionarios de la policía judicial y, luego de escuchar los argumentos del fiscal, decidirá de plano”.

El artículo 298 hace referencia a los requisitos de carácter formal que debe tener la orden de captura. El inciso 1 establece que “el mandamiento escrito expedido por el juez correspondiente indicará de forma clara y sucinta los motivos de la captura, el nombre y los datos que permitan individualizar al indiciado o imputado, cuya captura se ordena, el número de radicación de la investigación adelantada por la policía judicial y el fiscal que dirige la investigación. Copia de la orden de captura reposará en el despacho del juez que la ordenó”.

Luego se indica la vigencia de la orden. El segundo inciso de la norma dice: “La orden de captura tendrá una vigencia máxima de seis (6) meses, pero podrá prorrogarse tantas veces como resulte necesario, a petición del fiscal correspondiente, quien estará obligado a comunicar la prórroga al organismo de policía judicial encargado de hacerla efectiva”.

Este punto ha generado alguna discusión: se pregunta acerca de la posibilidad, o no, que existiría para que un juez de control de garantías revise la orden decretada por un juez anteriormente. El punto más específico sería el relacionado con la vigencia. Así, hay quienes opinan que el control, por parte del juez, debe llegar incluso al análisis de la orden de captura. Se parte de que ella, al haber sido ordenada por el juez, es legal; no obstante, se dice que al momento del control deben mirarse dos cuestiones pertinentes: el contenido como tal y su vigencia.

Contra esta posición, considerada un poco extrema, se han producido ciertas reacciones. Se dice que ello ocasionaría el “control del control” y que, en consecuencia, no habría final alguno para la actuación de un juez de control de garantías. El punto central de esta posición radica en el hecho de que el primer acto, es decir, el acto mediante el cual se ordena la captura, es legal y no se puede estar revisando en cadenas interminables. Lo importante, en todo caso, es saber que no se trata de un mero requisito formal: la vigencia es un hecho fundamental, sobre todo cuando se trata, como se verá inmediatamente, de lo dispuesto en el artículo 299. Más allá de aceptarse, o no, el segundo control, debe siempre revisarse el cumplimiento estricto de la vigencia de la orden de captura y de las condiciones en que ella se establece.

El artículo 299 se ocupa del trámite de la orden, estableciendo en su primera parte: “Proferida la orden de captura, el funcionario judicial la enviará inmediatamente a la Fiscalía General de la Nación para que disponga el organismo de policía judicial encargado de realizar la aprehensión física, y se registre en el sistema de información que se lleve para el efecto”. El artículo concluye con una referencia que no es puramente formal, se trata del verdadero hecho administrativo-judicial, de descargar una orden de captura que no está vigente: “De igual forma, deberá comunicarse cuando por cualquier motivo pierda su vigencia, para descargarla de los archivos de cada organismo, indicando el motivo de tal determinación”. Por su parte, el artículo 305 hace referencia al registro de personas capturadas y detenidas. Se exige a los organismos de policía que lleven un registro actualizado de todas las órdenes de captura de todo tipo que realicen reseñando una serie de datos fundamentales de la persona capturada y detenida.

Una vez se cumple la aprehensión material de la persona se debe verificar, y esto es un aspecto muy importante del control del juez, que se haya cumplido con los deberes coetáneos a este acto de aprehensión. Estos son, por ejemplo, el hecho de que se haya informado efectivamente al capturado acerca de sus derechos (artículo 303 del C. de P. P. sobre el cual se volverá más adelante), el respeto a la dignidad humana –entendido como el buen trato moral y físico–. También se debe tener en

cuenta el procedimiento llevado a cabo, es decir, que no se hayan vulnerado otros derechos fundamentales, como el de la inviolabilidad del domicilio, etc.

En la parte final del artículo 297 se establece, lo cual es una exigencia sistemática en varias disposiciones del Código, la puesta a disposición del capturado ante el juez de control de garantías. Desde la reforma a la Carta Política se ha conferido un cuidado muy especial a este punto. Dice la norma al respecto: “Capturada la persona será puesta a disposición de un juez de control de garantías en el plazo máximo de treinta y seis (36) horas para que efectúe la audiencia de control de legalidad, ordene la cancelación de la orden de captura y disponga lo pertinente con relación al aprehendido”.

VII. ALCANCES DEL CONTROL SOBRE LA CAPTURA POR PARTE DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

Todas estas situaciones y circunstancias, que pueden concebirse como una secuencia de pasos, deben ser revisadas y controladas por el juez de control de garantías. En el caso de la captura en flagrancia se debe controlar la ocurrencia de la aprehensión material en las situaciones expresamente previstas en el artículo 301 del C. de P. P. Estas situaciones o condiciones deben ser analizadas para establecer la flagrancia. De la misma forma, se debe verificar el cumplimiento de la obligación de informar los derechos del capturado de manera coetánea a la captura, el buen tratamiento y los términos para poner a disposición el capturado, tanto a la Fiscalía como al Juez de Control de Garantías. (Son puntos polémicos sobre los cuales se volverá más adelante).

En relación con el control que el juez de control de garantías adelanta, surge una pregunta fundamental: ¿el juez debe controlar las situaciones reseñadas, que se relacionan directamente con la captura en sí, o puede y debe efectuar un control de hechos ocurridos antes de la captura, como es el caso de un allanamiento ilegal, por ejemplo, o de hechos ocurridos durante la detención –maltrato, por ejemplo– en el lugar de la detención?

Frente a este punto se presentan, de acuerdo con lo observado en espacios como el *Conversatorio Interinstitucional*, por ejemplo, dos posiciones diversas, claramente distinguibles y contrapuestas. Se trata, de hecho, de un tema problemático que el autor de este Módulo ha discutido con diversos funcionarios de distintas instituciones. Las posiciones se encuentran, incluso, reseñadas por la juez que presentó la exposición del tema dentro del *Conversatorio*. Según la funcionaria, en efecto, “una posición podría resolver el asunto diciendo que si una captura se realiza

en virtud de un mandamiento escrito proferido por un juez competente con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley, según lo dispuesto en el artículo 297 del C. de P. P., o si se ha efectuado en situación de flagrancia acorde con lo prescrito en el artículo 301 del mismo estatuto, o excepcionalmente por orden de la Fiscalía acorde con lo establecido en el artículo 300, es suficiente para que la captura sea considerada legal debiéndose entonces tomar las medidas necesarias para las sanciones disciplinarias y penales a que hubiere lugar, en caso de inobservancia de los procedimientos correspondientes por parte de la autoridad administrativa encargada de ejecutar la orden”²⁷.

Mientras tanto, los partidarios de la posición contraria establecen lo siguiente: “Se estima que la inobservancia de los procedimientos consagrados en la ley penal sí afecta la legalidad de la captura. Ello en razón a que no son regulaciones caprichosas del legislador, sino que constituyen verdaderos derechos fundamentales reconocidos por los instrumentos internacionales. Así, por ejemplo, el derecho de todo aprehendido a que se le lleve sin tardanza ante un juez, figura entre los derechos humanos consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”²⁸.

Así, tal como lo ha expuesto la jueza citada, existen dos posiciones diferentes sobre los alcances del control por parte del juez de control de garantías. De un lado, quienes sostienen que el hecho de producirse alguna actuación de un funcionario, violatoria de derechos fundamentales o ilegal en general, no produce la ilegalidad de la captura en sí, y solo produce efectos sobre el funcionario que adelantó la captura de manera ilegal es decir, al cual debe adelantársele una acción disciplinaria. La otra posición, que sostiene que debe declararse ilegal la captura como un todo. La primera posición no requiere mucha explicación, en el sentido en que tiene lugar la captura y se sigue adelante con todo el proceso, mientras que se compulsan copias al funcionario correspondiente. Respecto de la segunda posición, avalada por diversos jueces de control de garantías y por funcionarios de la Defensoría, se requiere una explicación adicional.

El punto de partida de quienes defienden esta posición es que la captura es un “hecho complejo” que no se limita a la aprehensión física. En este caso, los derechos de una persona, las garantías que le asisten y que son objeto del control, no se agotan en la aprehensión de carácter físico, están presentes en toda la complejidad del

²⁷ “La captura en el nuevo estatuto procesal: regulación general”, documento de agosto 9 de 2005, p. 3. Véase: www.ramajudicial.gov.co/sistema_penal_acusatorio/

²⁸ Ibídem, p. 3.

procedimiento de la captura. Diversos jueces han desarrollado una metodología de control, especialmente en la sede de Engativá, que puede ser muy importante, no solo para aquellos que prohíjan la segunda posición que se comenta, sino, en general, para reconocer los alcances de la función de control.

Los jueces distinguen tres momentos en el control:

1. Momento anterior a la captura como aprehensión física.

Aquí se tiene en cuenta el momento previo a la mera aprehensión. Se citó el caso, por ejemplo, de una persona que venía siendo seguida en virtud de orden de captura emitida contra ella. Los agentes de la policía llevaron a cabo una diligencia de allanamiento a la casa de la persona, que no había sido ordenada, es decir, se trató de una diligencia ilegal; la persona fue capturada y el juez de control de garantías, con sede en Engativá, declaró dicha captura ilegal.

La base del control fue que el hecho anterior, afectado en su legalidad y con afectación de los derechos, necesariamente invalidaba, convertía en ilegal la captura. Frente a esta posición algunos fiscales, especialmente, sostuvieron que en este caso no se debió declarar ilegal la captura, sino que se debió instaurar una acción disciplinaria contra los agentes de policía, ya que en todo caso fue capturada la persona contra quien existía la orden de captura. Frente a esta observación, un miembro de la Personería de Bogotá expuso el argumento de la legalidad, según el cual tanto las funciones de investigación y juzgamiento están reguladas en detalle y, por lo tanto, cuando no se observa la ley en relación con algunos de los momentos procesales se afecta necesariamente la legalidad de la actuación que se relaciona con dichos momentos. Así, de esta manera, el problema de las acciones disciplinarias, se convierte en realidad en un fenómeno secundario, extraprocesal: el núcleo del asunto reside en la afectación de la legalidad de los procedimientos.

El sentido real de los actos procesales no reside en el impulso de las acciones disciplinarias. El punto de partida es siempre el hecho de que la captura no es un “simple acto”, es un “procedimiento global” que se somete a control del juez. La consecuencia jurídica debe ser, necesariamente, la libertad, en caso de asumirse la tesis.

2. El momento concomitante, el momento en que se lleva a cabo el acto físico de la captura.

Según los jueces que adelantan esta metodología reseñada se analizan, básicamente, los límites en el ejercicio de la fuerza por parte de las autoridades de policía. Se subrayó, una y otra vez en el *Conversatorio*, que es necesario adelantar sin pausa un ejercicio pedagógico frente a la policía, de tal manera que esta asuma

UNIDAD 2

en rigor los nuevos cambios y desafíos que comporta el nuevo sistema procesal, especialmente en relación con el celoso respeto por los derechos y garantías.

Según una mayoría de jueces, en el caso por ejemplo de adelantarse la captura con violencia física desmedida o, directamente, con utilización de acciones de tortura por ejemplo, no basta con que se instauren las acciones disciplinarias del caso: es necesario, además de ellas, declarar la ilegalidad del procedimiento. Los jueces han hecho relación a un buen número de casos en los cuales las personas, luego de ser capturadas, presentan heridas o signos de violencia.

En este sentido, se ha dicho que para el control no basta que se firme por parte del capturado la mera declaración sobre su captura y su trato, no se puede mirar tan solo el acta de buen trato; al contrario, se debe ser especialmente celoso en verificar exactamente qué ocurrió con la integridad de la persona al momento de la captura.

3. Los actos posteriores a la aprehensión física.

Los jueces, en este caso, verifican cómo se ha adelantado la captura, especialmente cómo ha sido el trato en las instalaciones de la policía. Si los jueces que adelantan esta metodología observan que en las estaciones de policía por ejemplo, ha sido golpeada una persona capturada, entonces pasan a declarar ilegal la captura. No se acepta la tesis según la cual los efectos deben ser solamente las acciones disciplinarias que se adelanten sino, como se dice, según ello, debe declararse ilegal todo el procedimiento de la captura.

El punto central de toda esta estructura de control radica en el hecho, tal como se ha dicho, de que la captura es un hecho complejo que no se agota en ningún caso en la mera aprehensión física; además, se basa en que durante todo el procedimiento la persona conserva todo el núcleo de derechos y garantías que le son propios. La conclusión final a la que llegan los jueces que siguen esta metodología es que la violación de derechos y garantías, en cualquiera de estos tres momentos, produce o genera la ilegalidad de la captura como tal. Se trata, sin duda, de una metodología más acorde con el nuevo estatuto procesal penal.

A) ¿SE PUEDE DECLARAR ILEGAL LA CAPTURA POR LOS ACTOS DE UN PARTICULAR?

Un aspecto de especial interés ha surgido en la práctica de los operadores de la administración de justicia. Se trata de los hechos, ilegales o violatorios de derechos humanos, adelantados por particulares, en desarrollo de lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 302. Dice la norma: “Cualquier persona podrá capturar a quien sea sorprendido en flagrancia”.

Frente a este caso, un juez muy activo de la sede de Engativá, y que por un tiempo en carácter de reemplazo se desempeñó como coordinador del Centro de Servicios Judiciales de Paloquemao, sostiene que también se debe mirar y controlar la actuación de un particular, en el caso específico en que este haya intervenido en la captura. Es decir, según el funcionario y varios jueces que lo acompañan, es posible declarar ilegal una captura cuando esta haya sido adelantada por un particular y este haya ejercido violencia, por ejemplo, sobre la persona capturada²⁹.

Se trata, desde luego, de un aspecto no solo interesante, sino muy polémico: contra esta posición, avalada además por funcionarios de las Defensoría que asisten al Conversatorio, se aduce que el Estado como tal, en este caso representado por la administración de justicia, no puede asumir los actos de los particulares y hacerlos suyos. La salida no sería, en este caso, la declaración de ilegalidad de la captura como tal, sino las acciones y las denuncias pertinentes contra el particular. Se dice, por ejemplo, que si un grupo de taxistas, luego de un robo o atentado contra la vida de uno de ellos, toma la justicia por sus propias manos y captura a una persona, propinándole golpes o violentándola, esa no puede ser una responsabilidad asumida por el Estado.

No obstante, frente a esta conclusión se dice también, y matizando la posición comentada, que debe adelantarse por los jueces una acción pedagógica, no solo frente a la policía, sino frente a los mismos particulares, en el sentido de que hay que hacerles entender a los dueños de los almacenes grandes que, por ejemplo, capturan a una persona que roba, la mantienen arrestada en sus instalaciones, la maltratan y la amenazan, que se trata de acciones que no se pueden adelantar y que ello genera consecuencias concretas, no solo en términos de responsabilidad individual, sino en relación con la causa en la cual el almacén tiene un interés. Se trata de un mensaje claro, de manera especial, frente a los guardianes o agentes de seguridad de estos lugares.

Hay un caso concreto en el cual un juez de control de garantías declaró la ilegalidad de una captura, al comprobar que la persona fue maltratada gravemente por el vigilante de un almacén. Es claro, en ese sentido, que el artículo 303, que contiene los derechos del capturado, constituye una norma rectora de toda la estructura normativa de la captura. No se trata tan solo de una secuencia de derechos, ni de una regulación formal, sino de una norma que condiciona e informa toda la estructura legal de la captura.

²⁹ Al respecto, ibidem, p. 7.

Dice el citado artículo: “*Derechos del capturado*. Al capturado se le informará de manera inmediata lo siguiente:

1. Del hecho que se le atribuye y motivó su captura y el funcionario que la ordenó.
2. Del derecho a indicar la persona a quien se deba comunicar su aprehensión. El funcionario responsable del capturado inmediatamente procederá a comunicar sobre la retención a la persona que este indique.
3. Del derecho que tiene a guardar silencio, que las manifestaciones que haga podrán ser usadas en su contra y que no está obligado a declarar en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.
4. Del derecho que tiene a designar y a entrevistarse con un abogado de confianza en el menor tiempo posible. De no poder hacerlo, el sistema nacional de defensoría pública proveerá su defensa”.

En relación con este tema, es posible plantear una solución en virtud de la cual el juez de control de garantías pueda adquirir un espacio de acción razonable. Se trata de dividir entre tres tipos de personas, para efectos del control y sus consecuencias: los funcionarios, los cuales generan, desde luego, toda clase de consecuencias; los particulares en sentido más estricto, respecto de los cuales no se adelantaría un control con efectos de ilegalidad; y un tercer grupo conformado por aquellas personas que, siendo particulares, se encuentran en situación de mayor exigibilidad, como es el caso, por ejemplo, de los vigilantes de edificios, almacenes, etc. Así se podría verificar, caso a caso, qué tipo de persona ha adelantado la captura, en qué grado de exigibilidad ella se encuentra y si su acto afecta o no la captura como tal. (El tema, desarrollado por el nuevo constitucionalismo y por la Corte Constitucional, sobre “la eficacia horizontal de los derechos”, puede ser aquí de gran ayuda).

VIII. LA CAPTURA EN SITUACIÓN DE FLAGRANCIA

Se trata de un tema fundamental. Si se tiene en cuenta que la mayoría de casos que han llegado hasta el momento al nuevo sistema se relaciona con hechos ocurridos en situación de flagrancia, se entiende por qué su gran importancia. Aquí, en este caso, el control del juez se hace más complejo. En función de los aspectos más generales ya reseñados, se han establecido las pautas básicas para dicho control. En este punto, se dará cuenta de aspectos polémicos y complejos relacionados con

las normas y su aplicación. Dos normas regulan de manera específica la figura de la flagrancia. Son los artículos 301 y 302. El primero introduce el concepto, establece qué entiende el Código por flagrancia.

Así, dice la norma: “*Flagrancia*. Se entiende que hay flagrancia cuando:

1. La persona es sorprendida y aprehendida al momento de cometer el delito.
2. La persona es sorprendida o individualizada al momento de cometer el delito y aprehendida inmediatamente después por persecución o voces de auxilio de quien presencie el hecho.
3. La persona es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido un delito o participado en él”.

De manera general, y siguiendo la jurisprudencia, la flagrancia se refiere a aquellas situaciones en donde la persona es sorprendida y capturada en el momento de cometer un acto punible o cuando es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales pueda inferirse de manera fundada que momentos antes ella ha cometido una conducta delictiva. De aquí que, de un concepto moderno de flagrancia, se puede inferir la figura de la flagrancia en sentido estricto y la así llamada “cuasiflagrancia”. Mediante esta última, a la captura en el momento exacto de la comisión de la conducta punible se suma la posibilidad de que la persona sea sorprendida y aprehendida con objetos, instrumentos o huellas que hagan aparecer como fundada tanto la posible autoría, como otras formas de coparticipación en la conducta³⁰.

En uno de los casos ya reseñados en el primer capítulo, el número 5, la juez se enfrentó, muy al comienzo del funcionamiento del sistema, al concepto mismo de flagrancia; enfrentó las circunstancias en que esta se dio, y los alcances de dicha figura. Si bien se trata de un concepto muy trabajado por la jurisprudencia, en el caso del nuevo sistema penal acusatorio, es necesario hacer una serie de precisiones, no solo en relación con el concepto mismo de flagrancia, sino en relación con el procedimiento establecido en el artículo 302 y su control por parte del juez.

³⁰ La jurisprudencia penal ha determinado de manera tradicional los requisitos para darse la situación de flagrancia. La Sala Penal de la Corte, en auto del 1º de diciembre de 1987 consideró, por ejemplo, desde ese entonces, que la flagrancia debe entenderse como “evidencia procesal” en cuanto a la posibilidad de participar en el ilícito, derivada de una oportunidad concreta, de acuerdo con lo dispuesto en la ley también en función de los objetos, huellas, etc. Por eso, se rescatan dos elementos necesarios: la *actualidad* y la *identificación* de la persona; por lo menos, su individualización correcta.

Casos

Caso 1. “Camión acpm”

Aclaración previa

Se trata de un caso planteado en el *Conversatorio Interinstitucional* y el único de los aquí escogidos, en relación con el tema del Módulo, que alcanzó a discutirse antes de su elaboración. Por esa razón, se incorporan las reflexiones generadas en esta instancia.

Como se recuerda, en este caso se trató de un vehículo que fue hurtado el día 4 de enero de 2005 en las horas de la tarde. Se difundió por radio el comunicado sobre el hurto del vehículo que era un camión cargado con 500 galones de acpm, y a las dos horas después de perpetrado el hurto un agente de la policía judicial, cerciorándose de las descripciones del vehículo enviadas por radio, ubicó dicho automotor, ordenó al conductor que se detuviera y luego pasó a capturarlo.

Como se aclaró desde un principio, en el comunicado de la radio, el cual no se dirige a ese agente en particular, sino que se emite de manera general, no se hizo ninguna descripción sobre las características morfológicas de la persona que pudo haber hurtado el vehículo. Este fue un hecho muy importante para la juez.

La juez, durante cerca de media hora, debate uno a uno los lineamientos generales para la comprensión de la figura de la flagrancia. Debate, en este caso, la noción de de flagrancia dice que no se trata de la misma, que el hecho de haberse dado la captura a las dos horas siguientes al suceso, y no solo ello, sino las circunstancias en que se dio la misma, no dan pie para establecer la flagrancia.

Los dos presupuestos que, a su juicio, deben dar lugar a la flagrancia, no se dieron. El primero: la inmediatez y, el segundo, la plena identificación de la persona en relación con el delito que se le imputa.

Hay un hecho interesante en el caso: la juez interroga con mucho énfasis al agente de policía que adelantó la diligencia de captura y le pregunta, concretamente, por su noción de flagrancia. Es decir, para la juez es importante, en el caso concreto, conocer qué conceptos tienen los agentes de la policía acerca de las figuras procesales que están aplicando o manejando. Hay una labor pedagógica que se asume en estos casos.

No solo por el tiempo transcurrido, sino por la actitud que se llevó a cabo, según la juez, no se cumplen los requisitos. (El señor fue hallado con el elemento material de un delito, pero ello no es suficiente para “sustentar el nexo de causalidad que debe darse entre la tenencia del bien y la perpetración del delito”). Lamenta el juez el que la defensa no haya hecho un análisis correspondiente de estas circunstancias.

La juez argumenta que el fiscal y el agente de policía tan solo han adelantado argumentos relacionados sobre la comisión de un delito, pero no han allegado elementos probatorios conducentes para pensar la conexidad exigida. Insiste, de manera recurrente, en la necesidad de probar la conexidad y no la considera probada con la mera argumentación sostenida por el agente y el fiscal, en relación con la existencia del vehículo informado como robado y la persona que fue capturada. La jueza, en estas circunstancias, ordena la libertad de la persona, por no darse la situación de flagrancia.

Es de aclarar que se trata, desde luego, de un caso polémico. Se ha traído a colación, no solo por el hecho mismo de la flagrancia, sino por el contexto en el cual se llevó el caso, el tipo de argumentación que se adelantó, etc., tal como en algunos apartes de este escrito se hará expreso. Además, y esto es lo importante, se trata de un caso ocurrido apenas unos pocos días de haber iniciado el sistema; ahora sería, probablemente, resuelto de otra manera, tal como, por ejemplo, se discutió en el *Conversatorio Interinstitucional*, una vez llevado a discusión.

En efecto, para la mayoría de los asistentes se trató de una clara situación de flagrancia. Para esta mayoría sí existe una situación de conexidad y de “actualidad” en relación con la flagrancia. Se consideró extrema la conclusión de la jueza, en cuanto a las exigencias enfáticas para darse una situación de conexidad entre la persona y el delito y consideran que sí tiene lugar la aplicación del artículo 301. Se dijo, además, que la individualización es exigida por la jurisprudencia, mas no la plena identificación³¹.

Este es un punto muy interesante de la discusión generada. Para una mayoría de funcionarios, el hecho de encontrarse el vehículo y una persona en él, a las dos horas después, es un hecho suficiente, desde el punto de vista del tiempo, para dar cuenta de la situación de flagrancia. (Cómo se verá, en el siguiente aparte, el fenómeno del tiempo no solo es especialmente problemático en relación con el artículo 301, sino que lo es también en relación con el 302 y el concepto de inmediatez que este maneja. Son temas muy discutibles y complejos).

No obstante lo anterior, se discutió acerca del tipo de delito por el cual el fiscal adelantó su petición. Se dijo, en consecuencia, que tratándose del hurto, era probable

³¹ Debe recordarse aquí la reflexión adelantada por la Corte Constitucional en la sentencia No. C-024 de 1994, en la cual se dice que el requisito de la identificación “lleva a la aproximación del grado de certeza de que fue esa persona y no otra quien ha realizado el hecho. Por lo tanto, si no es posible siquiera individualizar una persona por sus características físicas –debido a que el hecho punible ocurrió en un lugar concurrido–, el asunto no puede ser considerado como cometido en flagrancia. Y tampoco puede ser considerada flagrancia cuando la persona es reconocida al momento de cometer el delito pero es capturada mucho tiempo después”. (Fundamento 6.1).

la discusión acerca de la inexistencia de la situación de flagrancia, pero tratándose de la recepción sí era más claro. Este es un hecho muy importante: es necesario pedir más precisión a los fiscales en las solicitudes; la conducta delictiva, el tipo penal, es fundamental a la hora de una petición. En este sentido, es relevante la labor realizada por la juez, que pide al policía claridad, que solicita al fiscal lo mismo y, además, llama la atención a la defensa por no hacer explícita la discusión sobre la conexidad, sobre los requisitos del artículo 301. Este es el aspecto más destacable del caso.

Caso 2. “Droga en la cárcel”

Se recuerda que los hechos de este caso, muy interesante por los aspectos relacionados con la captura, ocurrieron cuando el día 18 de abril de 2005, en la celda ocupada por tres personas, recluidas en ella por diferentes delitos, fue encontrada una cantidad importante de droga camuflada en el piso. Las tres personas fueron llevadas ante el juez de control de garantías y el fiscal solicitó la audiencia para discutir sobre tres eventos, uno de los cuales era la legalización de captura en situación de flagrancia. La audiencia se llevó a cabo el día 19 de abril.

El juez indagó sobre el tipo de sustancia que fue encontrada en la celda. El juez le pide al fiscal los elementos probatorios, con el fin de constatar el tipo de droga que se encontró. El juez pide datos de identificación de las persona, como es el caso de las tarjetas dactilares.

Enseguida, el juez interroga al agente y considera en exceso precaria su respuesta: simplemente se hace referencia a la droga encontrada y a las personas, dándose por supuesto que ellas la tenían y allí la colocaron.

El juez, en una exposición extensa y muy clara, hace relación, en primer lugar, al derecho constitucional de la libertad, a su consagración en la Carta Política, al hecho de que él hace parte del bloque de constitucionalidad. En seguida, el juez establece aquellos eventos en los cuales se puede restringir la libertad.

En relación con la captura en flagrancia, de manera general el juez hace relación a la necesaria conexidad, a la necesidad de hallarse una vinculación entre la persona y el delito. En este caso, el juez no ahonda en ello, pues considera que no hay lugar a legalizar la captura, ya que se trata de personas de hecho capturadas. Es decir, según el juez, no hay captura por “sustracción de materia”.

Lo interesante del caso, y luego se verá la argumentación en relación con las medidas de aseguramiento, que sirve precisamente para la discusión sobre la posible flagrancia, es que el juez polemiza, problematiza la conexión directa entre

la droga hallada en la celda y las personas vinculadas. Ello tiene trascendencia para el juez, incluso si de hecho ha declarado que no existe captura para legalizar. Para el funcionario, es claro que no hay una situación de flagrancia –en el caso que se adelantara efectivamente la legalización de la captura– y no acepta una conexión automática entre la droga y las personas. Indagó insistente al fiscal sobre el tiempo en que posiblemente la droga estuvo en la celda, si se estableció efectivamente que ella no estaba de antemano antes de que los detenidos efectivamente ingresaran a ella. Tal como se estableció previamente, en el primer capítulo, toda la argumentación del juez tiene lugar desde el punto de vista constitucional.

A) SOBRE EL PROCEDIMIENTO EN CASO DE FLAGRANCIA

En el tema de la flagrancia, y en general en todo el tema de la captura y de diligencias que generen impacto sobre los derechos y las garantías, se requiere siempre un trabajo conjunto muy efectivo entre la policía, la Fiscalía General de la Nación y los jueces. Se trata de una triada fundamental para el funcionamiento real del sistema. No se pueden manejar conceptos complejos como inmediatez, actualidad, término de la distancia, de maneras muy diferentes: es necesario llegar a pautas de comprensión comunes y para ello es importante la jurisprudencia –nacional e internacional–, el trabajo que hasta ahora han adelantado los operadores, espacio de reflexión conjunta como el *Conversatorio interinstitucional* y los diferentes *Conversatorios* creados ya en el Eje Cafetero, por ejemplo. Se trata de un trabajo armónico de toda la comunidad jurídica.

El artículo 302 del Código crea una compleja estructura normativa que regula el procedimiento en la captura en flagrancia. En su primer inciso, hace relación a la captura por parte del particular, hecho ya tratado aquí. Frente a este, en el tercer inciso, se exige que: “Cuando sea un particular quien realiza la aprehensión deberá conducir al aprehendido en el término de la distancia ante cualquier autoridad de policía”. Mientras tanto, en el segundo inciso, se hace referencia a los funcionarios que la realizan: “Cuando sea una autoridad la que realice la captura deberá conducir al aprehendido inmediatamente o a más tardar en el término de la distancia, ante la Fiscalía General de la Nación”.

Al final, la norma reitera, lo cual se ha dicho aquí, constituye una posición sistemática del Código, el tiempo máximo de 36 horas para ser puesta la persona a disposición del juez: “La Fiscalía General de la Nación, con fundamento en el informe recibido de la autoridad policial o del particular que realizó la aprehensión, o con base en los elementos materiales probatorios y evidencia física aportados, presentará

al aprehendido, inmediatamente o a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, ante el juez de control de garantías para que este se pronuncie en audiencia preliminar sobre la legalidad de la aprehensión y las solicitudes de la Fiscalía, de la defensa y del ministerio público”.

Se recuerda que, frente al inciso 4 de la norma, la Corte Constitucional se ha pronunciado. Aquel dice: “Si de la información suministrada o recogida aparece que el supuesto delito no comporta detención preventiva, el aprehendido o capturado será liberado por la Fiscalía, imponiéndosele bajo palabra un compromiso de comparecencia cuando sea necesario. De la misma forma se procederá si la captura fuere ilegal”. En este caso, según la Corte Constitucional, el fiscal no puede adelantar juicios de carácter jurídico, de carácter material, en relación con los requisitos que den lugar a la detención preventiva: su valoración es estrictamente objetiva, de las circunstancias puramente objetivas.

En relación con el inciso 2 del artículo, que condiciona todo el procedimiento, se han generado grandes discusiones y dificultades al momento de aplicar la norma. Por eso, es necesario detenerse en este punto.

El Código hace referencia al hecho de que la persona deberá ser conducida “inmediatamente o a más tardar en el término de la distancia, ante la Fiscalía General de la Nación”. El problema central aquí no es en sí el problema del tiempo.

No existen variables absolutas o medidas se carácter temporal ciertas, que sirvan para definir, en cada caso, que se ha cumplido con la exigencia de la inmediatez. En cualquier caso, eso sí, se debe tener en cuenta que el tiempo cumplido en la diligencia, cuando es completamente irracional, debe tenerse como violatorio de la norma. Por ejemplo, una captura en flagrancia, luego de 8 o 10 horas, se tiene como una situación que no es de flagrancia. También, en relación con ello, hay que entender que el tiempo general previsto, de 36 horas, es para poner a disposición una persona; se trata de un tiempo absoluto; si pasa de él, la captura es ilegal: el inciso final del artículo 302 es claro en exigir que la persona sea llevada inmediatamente ante el juez de control de garantías. Es decir, el control que adelanta el juez debe dar cuenta, necesariamente, de la racionalidad del tiempo invertido también por la Fiscalía General.

Ya hay casos en los cuales la persona ha sido llevada al límite de las 36 horas y los jueces vienen siendo cada vez más exigentes en el respeto por el tiempo que es absoluto. Como se ve, y como lo han subrayado de manera especial los jueces, se trata de tiempos y ejercicios compartidos entre la policía –o el particular–, la Fiscalía que adelanta un filtro esencial y, más tarde, el juez de control de garantías.

El tiempo, si se quiere, más complejo es el que ocurre entre la aprehensión misma de la persona y el momento en que es llevada ante la Fiscalía General: es un momento fundamental y aquí opera la noción de flagrancia. Aquí surge una exigencia muy concreta frente a la policía. No puede una persona estar retenida durante 10, 12 horas, sin ser llevada ante los fiscales.

Frente a este punto, se ha argumentado por parte de algunos funcionarios que la policía debe también recoger elementos probatorios necesarios, por ejemplo, para la solicitud por parte del fiscal de una medida de aseguramiento; por lo tanto, a juicio de miembros de la fiscalía, ello debe tenerse en cuenta frente al control que se hace del periodo definido como inmediato. Se argumenta que si se somete a la policía a un cumplimiento tan estricto del término inmediato, ella no puede recoger elementos probatorios, y luego los jueces no aceptan la solicitud de medida de aseguramiento. Se habla de una imposibilidad compleja en este sentido.

No obstante, esta posición no es exacta; ella está fundada en el artículo 205 y este no se relaciona directamente con el tema de la captura: son otras diligencias. Lo central para el fundamento de la inmediatez, es la protección física de la persona. En el momento de la captura, que significa mucho más que la mera aprehensión física, la persona ya está en poder del Estado y de sus instituciones; por esa razón, debe actuarse con especial celo frente a este hecho. Si hoy, tal como se ha dicho en diversos escenarios, por ejemplo, en los *Conversatorios*, se mantiene una persona capturada por espacio de unas 5 a 8 horas diarias, en ello existe una falla que hay que superar.

B) UN SISTEMA RAZONABLE DE CONTROL DE LA INMEDIATEZ EN LA CAPTURA

Hay casos fallados, particularmente por jueces de la sede de Engativá, en los cuales se ha adelantado un ejercicio argumentativo muy interesante que puede servir de base para un control más razonable de la noción de inmediatez. Esta, a su vez, condiciona el concepto del “término de la distancia”³².

³² Es importante, en este punto, destacar que la Corte Constitucional colombiana ha matizado este aspecto y ha establecido exigencias concretas a las autoridades para su aplicación. En la sentencia No. C-251 de abril de 2002 se dice, al respecto, que “la expresión ‘término de la distancia’ es de carácter restrictivo, únicamente aplicable en las situaciones en las cuales sin lugar a dudas y de manera absolutamente necesaria debe postergarse la entrega. Así, la legalidad de la captura dependerá, por entero, de la diligencia con que las autoridades captoras enfrenten las dificultades que explican el retraso. Únicamente bajo estas circunstancias puede hablarse de una debida justificación, la cual no puede ser autorizada por vía general en la ley, sino apreciada caso por caso por la autoridad judicial”. (Fundamento 109). Se trata de variables que pueden incorporarse al juicio de razonabilidad que el juez adelante.

Ante las dificultades tan marcadas para establecer pautas absolutas sobre todo relacionadas con el tiempo, con la inmediatez; ante la dificultad para establecer que lo inmediato es “ya” o se da en un momento específico, se propone un test con tres variables.

Criterios:

1. *La conducta de la persona.* (De manera general, si se trata del crimen organizado, de personas organizadas y que expresan dificultades específicas para adelantar el procedimiento). De todas formas, este criterio hay que evaluarlo con mucha cautela, ya que la noción de crimen organizado ha servido en el país para la criminalización exacerbada de diferentes actores o de marco general de persecución indiscriminada. Hay que analizar el caso muy concreto. Como en todo ejercicio de control en el cual se trabaja con variables específicas.

2. *Complejidad del caso.* Se relaciona con el anterior. Se trata de ver cuántas personas están involucradas, de qué tipo de caso se trata, qué características precisas tiene este en función de las dificultades que encierra, etc. Una juez hizo referencia, incluso, lo cual es muy importante en países como Colombia, a la necesidad de reparar en las dificultades específicas del país y en las características concretas de territorios apartados, etc. Es claro: la inmediatez no se cumple de la misma forma en Bogotá, que en escenarios ligados a la violencia o al conflicto armado interno. De este fenómeno se habló específicamente.

3. *Capacidad institucional.* Es un criterio que circunscribe, de alguna manera, los dos anteriores: se trata de verificar la capacidad de respuesta institucional. La capacidad de respuesta que tienen la Fiscalía, la policía y, en general, todo el sistema.

Son todas variables que se combinan entre sí y que pueden ofrecer claridad en el momento de adelantarse el control. La inmediatez, en todo caso, debe referirse siempre al caso concreto: en esto consiste la lógica, que se aplica aquí, sin duda, del nuevo constitucionalismo como método de interpretación jurídica.

Debe tenerse muy en cuenta, en todo caso y frente al esquema reseñado, que los límites los da la misma razonabilidad. Así se ha trabajado en la jurisprudencia internacional. Por ejemplo, en el caso fallado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1999, caso Petrucci y otros, la Corte, citando la jurisprudencia europea de derechos humanos en relación con el artículo 5 de la Convención Europea, establece que la expresión “la persona detenida debe ser puesta inmediatamente ante el juez”, supone que un individuo que ha sido privado de su libertad sin ningún tipo de control judicial debe ser liberado o puesto inmediatamente a disposición de un juez, pues el cometido esencial de este artículo es la protección de la libertad del individuo contra la injerencia

del Estado”. Así, se dice, “si bien el vocablo ‘inmediatamente’ debe ser interpretado de conformidad con las características especiales de cada caso, ninguna situación, por grave que sea, otorga a las autoridades la potestad de prolongar indebidamente el período de detención sin afectar el artículo de la Convención Europea”³³.

IX. CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE ILEGALIDAD DE UNA CAPTURA

Como consecuencia lógica de la discusión que se ha generado en relación con los alcances y límites del control sobre la captura, se genera, necesariamente, otra discusión muy rica relacionada con sus efectos. Para aquellos que sustenten la posición —que es mayoritaria— según la cual hay tres momentos sujetos al control que deben necesariamente tenerse en cuenta, la consecuencia de la declaración de la ilegalidad de la captura es evidentemente la libertad. Se insiste, en este sentido, en el argumento previamente reseñado de la legalidad, reforzado, además, con el argumento constitucional: frente al artículo 29 de la Carta sería irrelevante el hecho de instaurarse las acciones disciplinarias correspondientes. Ello sería una consecuencia indirecta; la consecuencia directa es la afectación del procedimiento global de la captura, con el efecto inmediato de la libertad.

Frente a esta posición, hay fiscales que hacen explícita su preocupación por el hecho de que, según ellos, se está olvidando a la víctima en el proceso penal. Se refieren a la ocurrencia por ejemplo de hechos muy graves, y cómo entonces con esta posición se estarían trasladando las consecuencias de una acto errado de la policía, a las víctimas de un delito. Esta posición ha sido tenida en cuenta también por algunos jueces de control de garantías, quienes parten del hecho de que, en todo caso, a pesar de aceptarse la posición mayoritaria, se debe tener en cuenta la gravedad del delito y las consecuencias que frente a la sociedad y a las víctimas trae la concesión de la libertad.

Frente a esta última observación, reconociendo que es necesario, es importante tener en cuenta las consecuencias de la declaración de ilegalidad de una captura, hay un buen número de jueces que aclaran que el hecho fundamental es saber muy bien que una decisión del juez de control de garantías, dictada en derecho, con apoyo de la ley, no puede ser vista como sinónimo de impunidad. Esto porque la tarea del juez de control de garantías no es luchar contra la impunidad, sino fallar, decidir

³³ Corte IDH, caso: Petrucci y otros, sentencia del 30 de mayo de 1999, párrafo 108. Luego, la Corte concluye que en el caso, el Estado peruano, que mantuvo retenidas a dos personas sin ponerlas a disposiciones de la autoridad competente, desde el día 14 de octubre, hasta el 20 de noviembre de 1993, violó el artículo 7.5 de la Convención Americana.

en derecho, de acuerdo con la ley, la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Por esa razón, además, se llama la atención sobre la importancia del trabajo del poder ejecutivo, en función de la lucha contra la impunidad y de la consecuente separación legal y constitucional de funciones³⁴.

Ahora bien, no solo en relación con la consecuencia directa de la libertad, surgen los debates y las posiciones divergentes. También respecto a la declaración de ilegalidad de una captura emerge el problema de la diferenciación necesaria entre la declaración de ilegalidad de dicha captura y los efectos procesales que ello genera, por ejemplo, en relación con los bienes incautados. Se dice, para ilustrar, que la declaración de ilegalidad de una captura no significa, necesariamente, que se afecte la legalidad de todos los elementos probatorios. En este punto también es necesario introducir la siguiente pregunta: ¿sigue lo secundario la suerte –si así se puede decir– de lo principal? Para diversos jueces, el hecho de declararse ilegal una captura necesariamente afecta los elementos incautados: todo se convierte en ilegal. Operaría, por ejemplo, la ilegalidad de una incautación de bienes, teniendo que aplicarse la figura de la cláusula de exclusión.

Para otros funcionarios, no obstante, no puede darse una afectación automática de todos los elementos incautados. Por ejemplo: una persona fue capturada en el Transmilenio con un buen número de CD, denominados “piratas”. Por varias razones, entre ellas por el hecho de darse una especie de confesión por parte de la persona, sin haberse aclarado las consecuencias de una autoincriminación y en razón incluso a una violencia no permitida adelantada contra ella, se declaró ilegal la captura. Pero ello no significa, necesariamente, que todos los CD incautados vayan a ser afectados por la declaración de ilegalidad. Lo que sucede es este punto es que surge la necesidad de diferenciar también entre los objetos, el tipo de bien de que se trata: si el bien en sí mismo está afectado, por ejemplo, por una prohibición. Es el caso de un arma de uso privativo de las fuerzas amadas, o de droga, incluso eventualmente podría hablarse de los CDS “piratas”. Nos parece que esta distinción puede prestar una ayuda efectiva a los jueces.

En este caso, los bienes serían afectados per se, y no se trata de un problema del seguimiento de las consecuencias de la declaración de ilegalidad de una captura, es otro fenómeno. Habría que diferenciar muy bien entre la legalidad de un elemento incautado y el uso procesal de dicho bien. Igualmente, habría que distinguir entre

³⁴ Ver, al respecto, el documento del *Conversatorio*: “La captura en el nuevo estatuto procesal: regulación general”, de agosto 9 de 2005. Véase: www.ramajudicial.gov.co/sistema_penal_acusatorio/Conversatorio_sistema_penal_acusatorio/

incautación propiamente dicha, y prueba judicial o elementos probatorios. Habría que mirar siempre el “objeto material del ilícito”.

El punto central en el cual es necesario ahondar, en todo caso, es el relacionado con el artículo 276 del Código que se reconoce como muy complejo y, en general, el relacionado con la figura de la cláusula de exclusión. En este sentido, es importante reparar también en la noción de “diligencia” que el artículo mencionado trae consigo. Nótese que el énfasis no reside tanto en la legalidad de la prueba en sí, como en la “diligencia” en la cual la prueba se “recoge” o se “obtiene”. Es la diligencia como un todo complejo y no la prueba en sí, la que determina la ilegalidad establecida en el artículo 276. Este artículo debe ser evaluado en concordancia con el artículo 232 que se refiere a la “cláusula de exclusión en materia de registros y allanamientos”. (Debe decirse que las recientes sentencias de la Corte, anunciadas en el comunicado del 26 de julio, hacen más complejo el panorama y cambian en mucho la perspectiva desde la cual se aborda el problema de la prueba ilícita).

Respecto de situaciones de carácter práctico, derivadas de la decisión del juez, surgen algunos aspectos que deben mencionarse. Por ejemplo, si de la declaratoria de ilegalidad de captura se deriva la exclusión de elementos probatorios que hayan sido incautados en el momento de la captura y que adicionalmente constituyan fundamento para formular la imputación o incluso para solicitar la imposición de medida de aseguramiento, en este caso, para algunos jueces, la audiencia no puede continuar por el vicio que se deriva de la ilegalidad.

Es posible, en cambio, que la captura se haya declarado ilegal, pero existan otros medios de prueba que soporten la formulación de imputación y la imposición de medida de aseguramiento. En este caso, “puede ser viable la continuidad de la audiencia, siempre y cuando se le haga saber en la misma audiencia al procesado que ha quedado en libertad y que puede gozar efectivamente de ese derecho abandonando la sala pero, al mismo tiempo, es deber del juez citar al capturado para que esté presente en la formulación de la imputación, ya que de haber considerado allanarse a los cargos obtendría el beneficio de la rebaja de pena hasta la mitad; adicionalmente, se le debe dar a conocer el correlativo beneficio de rebaja de pena y, finalmente, darle la oportunidad de consultar la decisión con su defensor, de optar por no quedarse, lo procedente sería continuar el trámite de la contumacia, establecida en el Art. 291 del C. de P. P. En todo caso, siempre habrá necesidad de aplicar los criterios moduladores que rigen la actividad judicial”³⁵.

³⁵ Ibídem, p. 5.

Otros funcionarios consideran, al contrario, que frente a la declaratoria de ilegalidad de una captura fuerza suspender la audiencia para materializar el derecho a la libertad; de lo contrario, no se estaría garantizando efectivamente ese derecho. Quedaría pendiente la formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento. La audiencia puede continuar, pero lo imprescindible es comunicarle en ella que en virtud de la decisión ha quedado en libertad, de la cual puede gozar una vez se le exprese en forma clara y precisa que por virtud de esa decisión ha quedado en libertad. Para algunos jueces, si esto no se hace, ello sería una burla a la justicia. Más allá, como se ha dicho, de la solución que se le dio al caso número 5 y traído a colación, la jueza ordenó la libertad inmediata de la persona. Claro está que le advirtió al detenido, ahora libre, las consecuencias que vendrían al no abandonar el recinto.

De manera general, puede decirse que para unos operadores la legalización es independiente de lo que se incauta, en el caso de los bienes; para otros, los bienes siguen, necesariamente, el mismo destino del acto complejo declarado ilegal. También, que lo menos accede a lo más y, por eso, la ilegalidad afecta todos los actos procesales. Lo que no parece ser discutible, aceptándose una ampliación del control, es que la consecuencia general de la declaración de ilegalidad de una captura es la libertad. De esta forma, se cierra el círculo abierto por la estructura normativa que regula el régimen de libertad: el punto de partida es su prevalencia y su restricción excepcional; luego, en relación con la captura, se establecen sus clases, los requisitos para que tenga lugar, los procedimientos, los alcances del control y, finalmente, las consecuencias de dicho control: bien sea la restricción legal de la misma o la concesión, nuevamente, de la libertad.

GUÍA DE TRABAJO DEL CAPÍTULO NO. 2

La regulación de la captura en el nuevo estatuto procesal penal colombiano

Aclaración previa

La siguiente guía se divide en dos partes. En la primera se abordan los dilemas que han surgido en relación con la captura administrativa. En la segunda se aborda el tema general de los alcances y límites del control que adelanta el juez.

Primera parte: captura administrativa

Hay dos posiciones en torno de esta figura. Para unos jueces, esta se encuentra vigente, a pesar de que no se halle regulada en el Código; para otros, ha desaparecido y no se aplica más la sentencia de la Corte No. C-024 de 1994.

Sea cual fuere la posición que se asuma, debe preservarse el principio establecido en la primera guía de trabajo: la prevalencia del principio de libertad.

Actividades

Caso

Hechos del caso

Una persona mató a su mujer. Luego se dirigió al lugar donde laboraba su hermana. Allí le confiesa a ella lo que ha cometido. La hermana hace que el sujeto permanezca en el lugar y llama a la policía. Una vez dicho sujeto va a abandonar el sitio, es capturado por la policía. Han pasado cerca de 9 horas de cometido el hecho. La persona tenía una camisa todavía ensangrentada, pese a haber tratado de lavarla y a pesar del tiempo transcurrido. El fiscal presentó la captura a control de la jueza.

Los discentes deben trabajar el caso en relación con la posible existencia de la captura administrativa.

Aspectos fundamentales que deben tenerse en cuenta para el ejercicio

At

1. En este caso, ¿existe captura administrativa?
2. ¿De qué manera se entiende la existencia de la figura de la captura administrativa?
3. En caso de aceptarse su existencia, ¿cómo se aborda su control?
4. ¿Qué criterios se tienen en cuenta para asumir el control de la figura?
5. ¿Se tiene en cuenta el criterio relacionado con el tipo de conducta cometida, con la “calidad del objeto”?
6. ¿Se tiene en cuenta, como criterio, la razonabilidad de la actuación de la policía; es decir, la verdadera posibilidad que tiene esta de asumir un caso en un tiempo determinado y de acuerdo con las circunstancias?
7. ¿Se tiene en cuenta la actuación de la Fiscalía como un criterio de valoración?

Aspectos fundamentales que debe tener en cuenta el juez al momento del control de este tipo de captura

En caso de aceptarse la existencia de la figura, además de las normas que regulan el régimen de la captura y su control, se deben tener en cuenta los criterios elaborados por la Corte Constitucional en relación con la figura. Son estos:

UNIDAD 2

- La objetividad (no los motivos fundados en la mera sospecha). Relacionada con la plausibilidad de que persona efectivamente se encuentre vinculada con actividades criminales.
- La necesidad de la medida. Debe demostrarse que se trata efectivamente de situaciones de mayor apremio.
- La detención. Tiene como único objeto la verificación o constatación de los hechos relacionados con los motivos fundados.
- El límite de tiempo. 36 horas para la libertad o poner al capturado a disposición del juez.
- La proporcionalidad en relación con la gravedad del hecho.
- El respeto, en todo caso, en el procedimiento, del Hábeas Corpus como una garantía del control de aprehensión.
- El respeto a la igualdad y a la no discriminación.
- La prohibición de allanamientos o registros domiciliarios sin orden judicial, excepto que la persona se resista a la aprehensión refugiándose en su domicilio, caso en el cual se asimila la figura a la flagrancia.
- El trato humano a la persona, con el respeto pleno de su dignidad y debe ser informada de la razón de su detención y de los derechos constitucionales y legales que le son inherentes.

AUTOEVALUACIÓN DE LA PRIMERA PARTE DEL CAPÍTULO NO. 2

Los discentes deben valorar en su ejercicio lo siguiente:

Ca

1. ¿Considera usted que está vigente la captura administrativa, a pesar de que ella no se encuentre regulada expresamente en el Código?
2. ¿Cómo interpreta el principio de legalidad en este punto?
3. ¿Considera usted pertinente asumir una actitud pragmática, aceptar la existencia de la figura y controlarla de manera estricta?
4. ¿Considera usted que puede resolver el problema suscitado por capturas muy ambiguas, a través de la figura de la denominada “flagrancia inferida” o de la “cuasiflagrancia”?

SEGUNDA PARTE: ALCANCES Y LÍMITES DEL CONTROL SOBRE LA CAPTURA

El principio que orienta y constituye la base del trabajo del juez de control de garantías es el hecho de que hoy prevalece el principio de la reserva judicial de la libertad. Por lo tanto, la regla general es que el juez ordena la captura. El Código consagra las excepciones. Independientemente de la aplicación del control sobre la captura administrativa, o que se acepte la vigencia, por vía del artículo 300 de la captura excepcional de la Fiscalía, se debe tener en cuenta, siempre, que se trata de casos excepcionales; ello vale también, y sobre todo, para el control de la captura en flagrancia. Esta constituye una excepción muy clara hoy en la ley procesal.

Alcances y límites del control

En relación con ello hay dos posiciones. Quienes conciben que el hecho de que se hayan cometido actos ilegales en proceso mediante el cual se llevó a cabo la captura, por ejemplo, si esta es fruto de un allanamiento ilegal a una morada, no supone necesariamente la ilegalidad de la captura.

Otros consideran que los actos ilegales cometidos en desarrollo de la captura, considerada esta como un acto complejo, necesariamente ocasionan su ilegalidad, esquema interpretativo seguido por quienes son partidarios de la segunda posición.

Los jueces distinguen tres momentos en el control:

1. Momento anterior a la captura como aprehensión física.
2. El momento concomitante, en que se lleva a cabo el acto físico de la captura.
3. Los actos posteriores a la aprehensión física.

Actividades

Caso

Hechos del caso

Una persona fue capturada robando ropa en un almacén de cadena. El vigilante encargado de la protección del almacén tomó la persona en sus manos, la encerró en uno de los cuartos de dicho almacén y le propinó algunos golpes. La persona estuvo encerrada a lo largo de varias horas en el lugar y luego fue entregada a la policía.

Aspectos fundamentales que deben tenerse en cuenta para la solución del caso

El caso es complejo y pueden ser diversas las soluciones. (El juez de control de garantías declaró la ilegalidad de la captura en este caso).

Una solución posible es declarar ilegal todo el procedimiento de la captura, considerando que la actuación del particular invalida todo el procedimiento. Otra solución posible es declarar legal la captura e impulsar las acciones pertinentes contra el individuo que ejerció violencia sobre el capturado. Los discentes deben abordar el caso, divididos en grupos que sostengan las diversas posiciones.

Aspectos fundamentales que se deben tener en cuenta

En cualquiera de los dos ejercicios propuestos, cualquiera que sea la posición asumida, se deben tener en cuenta los siguientes aspectos fundamentales:

At

1. ¿Es posible considerar la actuación de un particular como causa para declarar ilegal una captura?
2. ¿Hasta dónde se deben tener en cuenta los hechos de los particulares en el momento de ejercer el control sobre la captura?
3. ¿Todos los particulares son iguales frente a la administración de justicia, o existen algunos con una condición de exigibilidad mayor?
4. ¿Cuáles son los límites y cuáles los alcances del control que el juez hace sobre la captura?
5. ¿Es la captura un hecho complejo o ella se agota, sobre todo, en el acto institucional de la aprehensión física?

AUTOEVALUACIÓN DE LA SEGUNDA PARTE DEL CAPÍTULO NO. 2

Ca

1. ¿Cree usted entender que, como juez, le asiste una actitud pedagógica, de tal manera que pueda incluso establecer responsabilidad de particulares en función del respeto general a la ley procesal?
2. ¿Considera usted que no se debe ser extremo en el control, pues ello puede ser contraproducente? ¿Considera usted que la responsabilidad del Estado no puede extenderse hasta la actuación de los particulares?
3. ¿Concibe usted que la función de justicia no se puede afectar por una actuación errada de un funcionario o, más aún, de un particular?
4. ¿Considera usted que lo fundamental es manejar diferentes soluciones posibles y evaluarlas muy bien, caso a caso, de tal manera que no se vea desbordado en sus convicciones jurídicas por los casos difíciles?

UNIDAD 3

MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO EN EL NUEVO RÉGIMEN PROCESAL PENAL

Qg

- Asumir e incorporar en la cultura jurídica de los operadores los nuevos y fundamentales cambios que trae consigo la nueva regulación de las medidas de aseguramiento.

Qe

- Incorporar en la práctica cotidiana del operador los principios de gradualidad y de comparecencia procesal, que rigen la dinámica de las medidas de aseguramiento.
- Reconocer la importancia de la restricción excepcional de la libertad, tal como la regula hoy el nuevo Código de Procedimiento Penal, en relación específica con las medidas de aseguramiento.
- Brindar a los jueces las herramientas fundamentales para comprender mejor la regulación de las medidas y la aplicación del control sobre ellas, de acuerdo con los requisitos diversos que incorpora el Código de Procedimiento Penal.

ACLARACIÓN PREVIA EN RELACIÓN CON EL CAPÍTULO

En la primera parte de este capítulo, una vez se han constatado los principios generales que regulan las medidas de aseguramiento, se estudiarán aspectos relevantes en relación con las medidas restrictivas de la libertad. De manera especial, en cuanto ilustra aspectos fundamentales relacionados con la detención domiciliaria, se estudiará la detención preventiva. Se trata, como se sabe, de una de las figuras más problemáticas en toda regulación procesal, y en el caso de nuestro país y de América Latina en general, una acompañada de una enorme discusión sobre todo por el impacto que su uso ha generado en el ámbito de los derechos y las garantías.

Luego, en el siguiente capítulo, se estudian las otras medidas de aseguramiento y previamente se hace una exposición detallada del principio de proporcionalidad y su aplicación en los casos en los cuales se puede restringir la libertad, así como

también se hará una exposición en detalle de las nuevas exigencias argumentativas que han surgido hoy para el nuevo juez de control de garantías. En especial, la secuencia argumentativa en los tres niveles: el fáctico, el legal y el constitucional.

I. MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO: REGULACIÓN GENERAL

El nuevo Código de Procedimiento Penal contempla dos tipos de medidas cautelares o de aseguramiento. Aquellas que son restrictivas de la libertad, y aquellas que no son privativas de la misma. El artículo 307 las clasifica, de manera general, como medidas de aseguramiento. Aquellas que restringen la libertad son la “detención preventiva en establecimiento de reclusión” y la “detención preventiva en la residencia señalada por el imputado, siempre que esa ubicación no obstaculice el juzgamiento”.

Por su parte, las no privativas de la libertad son la obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica o a la vigilancia de una persona o institución determinada; presentarse periódicamente o cuando sea requerido ante el juez o ante la autoridad que él designe; obligación de observar buena conducta individual, familiar y social, con especificación de la misma y su relación con el hecho; prohibición de salir del país, del lugar en el cual reside o del ámbito territorial que fije el juez; prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares; prohibición de comunicarse con determinadas personas o con las víctimas –siempre y cuando no se afecte el derecho de defensa–; prestar caución o fianza, y prohibición de salir del lugar de habitación entre las seis de la tarde y las seis de la mañana.

II. EL PRINCIPIO DE GRADUALIDAD EN LA ESCOGENCIA DE LA MEDIDA

El sistema de las medidas de aseguramiento está construido sobre la base de la gradualidad de las medidas y de la escogencia más adecuada de una de ellas por parte del juez, de acuerdo con los hechos y diversas circunstancias, y siempre bajo el supuesto de la excepcionalidad y restrictividad de las medidas privativas de la libertad.

El artículo 307, en su inciso final, establece lo siguiente: “El juez podrá imponer una o varias de estas medidas de aseguramiento, conjunta e indistintamente, según el caso, adoptando las precauciones necesarias para asegurar su cumplimiento”³⁶.

³⁶ Debe recordarse que el Código de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2000, solo reconocía como medida cautelar la detención preventiva, tal como lo establecía el inciso primero del artículo 356. De esta manera, el dicho popular que reflejaba una realidad terrible, sobre cómo en Colombia una “detención no se le niega a nadie”, no solo tenía origen en malas costumbres jurídicas, sino en la inexistencia de opciones concretas para que los fiscales pudieran asegurar a las personas a las exigencias del proceso.

Finalmente, la norma agrega una condición acorde con las circunstancias económicas de la persona: “Si se tratare de una persona de notoria insolvencia, no podrá el juez imponer caución prendaria”.

Por su parte, el artículo 2 del acto legislativo 03 de 2002, que reformó el artículo 250 de la Constitución Política, establece en el numeral primero que en ejercicio de sus funciones la Fiscalía General deberá “solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de las víctimas”.

Casos

Caso 1. “San Alejo”

En este caso que, recuérdese, se trató de una persona que estaba vendiendo municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas, el juez, una vez hecha la solicitud de la medida de aseguramiento por parte del fiscal, inició su argumentación con una reconstrucción de los distintos requisitos que establece el artículo 308. El juez concluyó, en primer lugar, que pese a la gravedad del hecho correspondiente, observado de manera abstracta como una conducta compleja en las circunstancias del país, la gravedad del hecho no significa que automáticamente se deba adoptar la medida. (La argumentación de fondo se reseñará más adelante en relación con la noción de peligro contenida en el artículo 310).

El juez no decreta la medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva, pero se mueve dentro de las diferentes opciones contempladas en el artículo 307, literal B), y ordena, en cambio, que la persona se debe presentar periódicamente ante una autoridad. Se trata del numeral 3º de la disposición. El juez aplicó, en consecuencia, el principio de gradualidad. Además, como se verá más adelante, en función de la “prohibición de exceso” el juez adoptó una medida no solicitada, pero que se encuentra en un rango de afectación de derechos o garantías mucho menor que el de aquellas que son restrictivas de la libertad.

Debe agregarse en este contexto, y de allí la importancia que se da aquí a la exposición detallada de la figura de la detención preventiva, que prácticamente en todos los casos escogidos para este trabajo los fiscales siempre han solicitado la detención preventiva. Ello es generalizado, además, en el desarrollo práctico del sistema: son excepcionales aquellos en los cuales el fiscal solicita una medida distinta; esta puede ser, en todo caso, restrictiva de la libertad, como es la detención domiciliaria, pero aquellas contenidas en el literal B) del artículo 307 no han sido solicitadas en la práctica. Son casos muy excepcionales.

III. EL PRINCIPIO DE ASEGURAMIENTO DE LA COMPARCENCIA DEL IMPUTADO

Tal como se desprende de la lectura del acto legislativo ya reseñado y de la estructura legal del Código, el principio de *aseguramiento de la comparecencia* del imputado es el principio guía en la actuación del juez respecto de las medidas de aseguramiento. Éste tiene a su haber diversas herramientas y debe ser muy acertado al momento de valorar cuál es la medida que deberá imponer. La norma reformada conserva la función de asegurar la comparecencia, pero agrega, desde el ámbito constitucional, la razón de la preservación de la prueba y la protección de la comunidad, con énfasis en las víctimas. Es necesario desarrollar fórmulas muy finas de interpretación del alcance de estas razones y fines de las medidas, especialmente cuando aparecen conceptos abstractos como la “comunidad” o, como se verá luego, el “peligro” que una persona pueda representar para aquella o para la víctima.

El principio de comparecencia adquiere mayor refuerzo con lo dispuesto en el inciso 4º del artículo 302 del Código de Procedimiento Penal, en el cual se establece que si un delito no amerita detención preventiva, puede imponerse al aprehendido o capturado, “bajo palabra, un compromiso de comparecencia cuando sea necesario”. Es decir, el fin es la comparecencia y si no se dan los requisitos de la detención preventiva, se puede asegurar la comparecencia mediante este procedimiento.

Casos

Nota preliminar

Puede decirse, de manera general, y esto representa un avance fundamental sobre todo en el contexto de la cultura jurídica, que hoy existe en los jueces la conciencia de que el fin de las medidas de aseguramiento es estrictamente procesal; que se trata, sobre todo, de asegurar la comparecencia del indiciado o imputado al proceso. En este punto se han establecido debates interesantes entre las diversas partes del proceso.

Los jueces no han admitido referencias genéricas a la posibilidad de que una persona pueda evadir la administración de justicia o pueda obstruirla, mediante la amenaza de testigos o la destrucción de las pruebas. Más adelante se abordan todos estos conceptos en detalle. Por ahora, baste recalcar que los jueces han hecho notoria a los fiscales la exigencia de fundamentación de la solicitud de la medida. Como se ha dicho, los jueces no aceptan argumentos de “bulto” en relación con los cuales, por ejemplo, frente a la gravedad de un hecho y ante esa evidencia fáctica, de manera automática se presume que la persona no se someterá a un proceso.

Caso 7. “El robo a la empresa”

Juez 19 Penal Municipal con funciones de control de garantías.

3 de marzo de 2005.

Radicado No: 110016000017200500239 con radicado interno No. 849.

Hechos del caso

El día 23 de enero de 2005, en las horas de la tarde, varios individuos robaron una empresa con vigilancia de 24 horas. Las personas indiciadas inmovilizaron al vigilante, le dieron Valium, lo dejaron inconsciente y procedieron al hurto.

En este caso, la jueza adelanta un análisis detallado sobre todas las normas que regulan la materia y estima que la fiscalía no ha argumentado ni fundamentado la solicitud de la medida, y que tan solo ha hecho una narración meramente fáctica y una suposición de que, por el hecho, las personas son un peligro para la sociedad. La posible obstrucción de la administración de justicia es un hecho alegado por la Fiscalía, luego de adelantar cuestionamientos sobre la peligrosidad de las personas. Es decir, no fue el centro de la argumentación.

La jueza constata que los imputados están presentes, que no han ocultado pruebas y que, por lo tanto, no se da un “hecho material de continuación de actividades delictivas”, como ella misma lo dice o de posible obstrucción de la justicia. Por esa razón, la jueza no decreta la medida. El fundamento de la decisión fue el principio de comparecencia, la puesta a disposición de las personas, por sí mismas, a los requerimientos de la investigación.

Caso 2. “El atraco”

Este caso, en el cual se decretó la medida de aseguramiento, la jueza también adelanta una valoración desde el punto de vista de los fines de la medida de aseguramiento; en esta dirección, concibe que la medida sí es conducente y que cumple los efectos procesales en ella buscados, tanto desde el punto de vista legal como fáctico.

Aunque se trata de un aspecto que se desarrollará más adelante, es muy importante destacar que, prácticamente en la mayoría de los casos, no solo allegados aquí, que son apenas una muestra para trabajar en el Módulo, sino en los múltiples casos constatados por el autor, los jueces no adelantan reflexiones sobre la posible responsabilidad penal –ni siquiera implícita– en función de las medidas de aseguramiento; los jueces, menos aun, y aquí podría verse un consenso muy generalizado, hacen mención a supuestos fines de prevención general o prevención especial que las medidas de aseguramiento deban cumplir. Es decir, los jueces se

han limitado al fenómeno estrictamente procesal. Incluso, y ello sí se da en gran medida, cuando los jueces hacen alusión a la posible peligrosidad de una persona, a la gravedad del hecho cometido que, unido a otras condiciones, ha sido fundamento de adopción de la medida, no han hecho alusión a que la detención preventiva, por ejemplo, cumpla funciones de la pena. El concepto hoy, insalvable e indiscutible en el derecho procesal penal comparado, según el cual la detención preventiva no cumple funciones de la pena, está siendo incorporado por los jueces con agudeza.

En ello incide, sin duda, el hecho de que el juez de control de garantías no adelanta juicios de responsabilidad penal; así, en la adopción de una decisión, el juez confronta la solicitud y sus efectos o importancia para la investigación, y luego constata el derecho o garantía posiblemente afectada, y decide. Pero no se adentra en los dilemas materiales de la responsabilidad. Por esa razón, además, su juicio acerca de la procedencia de la medida no se da como adelanto de un juicio de responsabilidad penal, sino como verificación de un hecho estrictamente procesal.

A) REQUISITOS PARA DECRETAR LAS MEDIDAS: DERECHO PROCESAL COMO DERECHO CONSTITUCIONAL EN FUNCIONAMIENTO

El artículo 308 del nuevo Código contiene todo el esquema de requisitos para adoptar las medidas cautelares. La noción de *razonabilidad* en la inferencia que haga el juez de control de garantías cruza toda la disposición. Así, en su inicio la norma establece que dicho juez, a petición del Fiscal General o de su delegado —lo cual explica que se trata aquí de lo que la doctrina considera como justicia rogada—, “decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser actor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos...”.

Debe subrayarse un hecho central: la norma hace referencia explícita a diversos elementos obtenidos “legalmente”. Es decir, el Código es claro en establecer los límites del hallazgo de la verdad material; esta no puede encontrarse a costa de las reglas del proceso. Las tensiones entre verdad material y verdad procesal son hoy cada vez mayores, especialmente en relación con las legislaciones contra el crimen organizado o en las legislaciones antiterroristas. La flexibilización de las exigencias sobre la legalidad de la prueba es un hecho notorio hoy, cuando se cree que dicha legalidad obstaculiza los medios considerados necesarios para encontrar la supuesta

verdad de los hechos; de la misma forma, la legalidad retrocede ante medidas de carácter preventivo contra el crimen organizado, como el seguimiento secreto de personas a través de medios electrónicos, etc.³⁷. Este precepto debe leerse, además, en función de un precepto constitucional que constituye núcleo esencial del debido proceso previsto en el artículo 29: “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”³⁸.

En relación con los requisitos, la norma establece tres tipos:

“Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia”.

“Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima”.

“Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia”.

Luego, el Código aclara, en artículos diferentes, cada uno de los conceptos y cuál es el significado de ellos para la legislación procesal penal: “obstrucción de la justicia” (art. 309), “peligro para la comunidad” (art. 310), “peligro para la víctima” (art. 311) y no comparecencia del imputado” (art. 312). Se trata de disposiciones complejas que deben ser estudiadas en detalle, sobre todo porque están pobladas de conceptos que son vagos e indeterminados” y llenas de exigencias para el juicio de inferencia razonable de los jueces.

B) PRINCIPIO DE COMPARRECENCIA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: UNA PONDERACIÓN PERMANENTE

Teniendo en cuenta el principio de aseguramiento de la comparecencia del imputado el carácter excepcional de la medida de aseguramiento, especialmente cuando se trata de aquellas que afectan la libertad, la tensión que surge para el

³⁷ Al respecto, véase la muy ilustrativa reconstrucción que hace Claus Roxin de decisiones fundamentales en la jurisprudencia alemana en relación con el espionaje acústico. Aquí se observan las tensiones manifiestas respecto de la búsqueda de la verdad material y el respeto por la legalidad de los procedimientos. Claus Roxin. “La decisión de la gran sala del tribunal supremo relativa al espionaje acústico”, en: Roxin. *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*, traducción de Óscar Julián Guerrero, Procuraduría General de la Nación, Bogotá, octubre de 2004, p.169 y ss.

³⁸ El nuevo Código de Procedimiento Penal desarrolla este postulado a través de la denominada “Cláusula de exclusión”. Establece el artículo 23, que constituye norma rectora, que “toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia”. Este tema es abordado en el Módulo preparado en esta colección por José Urbano Martínez.

funcionario y sobre la cual este debe ser especialmente activo, es entre dicho aseguramiento y la presunción de inocencia como principio rector de todo el ámbito procesal.

No sin discusión hoy se acepta en la doctrina que tan solo el carácter de aseguramiento de la comparecencia puede justificar la figura de la detención preventiva. Desde hace tiempo está descartada la idea de que dicha figura constituya una especie de pena, en la medida en que ella pudiese cumplir, por ejemplo, fines de prevención, general o especial. Ello, desde luego, independientemente de que en la práctica en Colombia la figura haya obrado en ocasiones como una especie de pena anticipada: el caso colombiano ha sido, lastimosamente, especialmente prolífico en casos de perversión del carácter de la medida.

De hecho, para diversos jueces, y no solo en las academias o en la doctrina, en gran medida la nueva legislación procesal penal, por lo menos en lo que tiene que ver con la regulación de la libertad, ha tenido su origen en la flexibilización de los requisitos para decretarla por parte de numerosos fiscales a instancia del Código derogado y en la ligereza con que se volvió habitual para ellos restringir la libertad de las personas. La costumbre de detener las personas, para luego investigarlas; o de colocarlas bajo las rejas, para ocuparse del caso, debe cambiar radicalmente: en todas las reformas del continente y en todos los ámbitos de discusión se hace referencia al uso indiscriminado de la detención preventiva y a su carácter de pena anticipada³⁹.

Como se ha advertido, el uso de la medida solo se justificaría en su carácter procesal de aseguramiento del imputado. En consecuencia, como lo anota Hassemer, por ejemplo, los fines de la detención solo pueden ser fines de “aseguramiento del

³⁹ En el contexto, por ejemplo, del IV Curso Regional Andino de Derechos Humanos, celebrado en Perú en el mes de octubre de 2004, bajo el auspicio de la Comisión Andina de Juristas y de la Fundación Konrad Adenauer, uno de los temas de debate y respecto del cual los participantes entregaron informes nacionales fue el relacionado con las reformas procesales. En todos los informes se hizo hincapié en la necesidad de regular, lo cual se ha hecho en algunos Códigos de la región, de manera estricta la figura de la detención preventiva y evitar que ella se convierta en la práctica en una pena anticipada. Se expresó, en todo caso, la preocupación por el impacto que ha tenido el denominado “síndrome del narcotráfico” en la región en el ámbito procesal: duplicación o triplicación de los términos de detención para aquellos imputados por este delito. En relación con ello, y en relación con el recurso permanente a normas especiales que terminan dejando sin efecto las regulaciones generales de los Códigos procesales, es ilustrativa la imagen utilizada por Wolfgang Schöne en dicho Congreso: “El proceso penal es una relojería que debe funcionar armónicamente. No se puede intervenir en una parte de ella, sin interferir en el funcionamiento del todo”. El principio de restricción excepcional de la libertad, dispuesto por el nuevo Código de Procedimiento, debe ser la máquina que alienta esta relojería.

procedimiento y de la ejecución, porque la legitimación de la prisión preventiva se deriva exclusivamente de tales intereses de aseguramiento: hacer posible un procedimiento en presencia del imputado con oportunidad de averiguar la verdad y la imposición de las consecuencias penales. Esto justifica los *fundamentos de la detención* basados en la fuga y el peligro de obstrucción de averiguación de la verdad”⁴⁰.

La Corte Constitucional de Colombia ha subrayado también este carácter instrumental-procesal de la figura. En una decisión relativamente reciente y fundamental, a través de la cual la Corte ha pretendido, sobre todo, deslegitimar el carácter de pena que ha asumido la detención preventiva, la Corporación ha dicho: “El propósito que orienta la adopción de este tipo de medidas es de carácter preventivo y no sancionatorio. Por ello, no son el resultado de sentencia condenatoria ni requieren juicio previo; buscan responder a los intereses de la investigación y de la justicia al procurar la comparecencia del acusado al proceso y la efectividad de la eventual sanción que llegare a imponerse. La detención persigue impedirle al imputado la fuga, la continuación de su actividad delictiva o las labores que emprenda para ocultar, destruir, deformar o desvirtuar elementos probatorios importantes para la instrucción”⁴¹.

En relación con los fines procesales contenidos en el artículo 250 de la Carta Política –que los conserva hoy después de la reforma– la Corte agrega: “para que proceda la detención preventiva no solo es necesario que se cumplan los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento impone, sino que se requiere, además, y con un ineludible alcance de garantía, que quien haya de decretarla sustente su decisión en la consideración de las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma”⁴².

⁴⁰ Winfried Hassmer. “Los presupuestos de la prisión preventiva”, en: *Crítica al derecho penal de hoy*. Ad Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 105. Por su parte y aclarando que el debate en España también ha sido arduo, Andrés Perfecto Ibáñez, se refiere a la prisión preventiva, nombre con el cual se conoce la figura en ese país, como un instrumento de “cautela instrumental”, de carácter eminentemente procesal y dirigido a garantizar el funcionamiento normal de las actuaciones procesales. Perfecto Andrés Ibáñez. “Presunción de inocencia y Prisión sin condena”, en: Andrés Ibáñez (compilador.) *Detención y prisión provisional*. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p.15.

⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia No. C-774 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil. Fundamento 4.5.2. Un estudio muy juicioso y detallado de los alcances de dicha sentencia y a su vez una reconstrucción jurisprudencial y doctrinal en relación con la detención preventiva, es el de Hernando León Londoño. “La detención preventiva en las jurisprudencias de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia. Reflexiones a propósito de la sentencia No. C-774 de 2001”. En: Nuevo Foro Penal, Tercera época, año 1. Mayo-agosto de 2003, Medellín, pp. 191 y ss.

⁴² Corte Constitucional, Sentencia No. C-774 de 2001. Fundamento 4.5.2.

Estas consideraciones del juez, sustentadas en ámbito constitucional, tienen además un sustento que constituye una obligación legal expresa. El artículo 37 del Código Penal, en su inciso 3º, establece que “la detención preventiva no se reputa como pena”. Este es el axioma general. La norma agrega, como fundamento mínimo de un principio de justicia por el tiempo en que se ha visto la libertad afectada: “Sin embargo, en caso de condena, el tiempo cumplido bajo tal circunstancia se computará como parte cumplida de la pena”.

De esta forma, no se acepta el mero automatismo del funcionario –hoy, el juez de control de garantías en su evaluación de los fines– sino que este debe ser muy consciente de las finalidades estrictas previstas por la Carta para la adopción de la figura. La Corte insiste en ello: “la detención preventiva dentro de un Estado social de derecho no puede convertirse en un mecanismo de privación de la libertad indiscriminado, general y automático...”⁴³. Al mismo tiempo, la sentencia refuerza el principio de gradualidad, hoy más importante que nunca en el nuevo contexto procesal. Con acierto anota Londoño que la sentencia enfatiza la necesidad de que el funcionario valore no solo los “fines que se aducen para su legitimación, sino el de darles prioridad a alternativas procesales a la DP cuando estas cumplen con las mismas finalidades”⁴⁴.

⁴³ Ibídem, fundamento 4.5.2.

⁴⁴ Hernando León Londoño. “La detención preventiva en las jurisprudencias de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia. Reflexiones a propósito de la sentencia No. C-774 de 2001”. En: *Nuevo Foro Penal*, loc. cit., p.194. *Es muy importante destacar la cada vez mayor conciencia que existe en América Latina sobre las exigencias que impone una democracia y un Estado social de derecho en relación con el respeto por la libertad.* En declaraciones del presidente de la Corte Suprema de Costa Rica, el juez –respondiendo además a reproches sociales y a la presión de los medios– afirma que “frecuentemente la gente reclama a la justicia cuando un acusado está libre durante el proceso, o si goza de una medida cautelar, sea arresto domiciliario o excarcelación”. (Se trata de un reproche que se hará sin duda a los jueces de control de garantías en Colombia a partir del 1º de enero de 2005). No obstante, agrega el funcionario, “la respuesta al porqué el Código Procesal Penal obliga a un juez a adoptar una medida distinta de la prisión preventiva u otorgar la libertad está en la base misma de nuestro sistema democrático”. El magistrado subraya el carácter de regla que tiene la libertad: “Hay que recordar que la democracia se caracteriza por ser una ideología basada en la libertad como regla. Como parte de ello toda persona tiene el derecho a ser considerada inocente hasta que se demuestre lo contrario en sentencia firme, previo ejercicio del derecho de defensa. Por eso, la libertad de la persona solo debe restringirse de manera cautelar y excepcional para garantizar los fines del proceso; valga decir, prevenir que eluda la acción de la justicia u obstaculice gravemente la comprobación de los hechos, o que continúe con la actividad delictiva. Salvo en estos casos, el juez no debe restringir la libertad y, aun cuando pueda hacerlo, debe buscar la medida menos gravosa para el imputado (artículo 244 del Código Procesal Penal)”. (Luis Paulino Mora. “Base del sistema democrático. Prisión preventiva y estado de inocencia” En: *El Nacional*, San José, 22 de noviembre de 2004).

Así, entonces, el carácter procesal de la medida es rescatado como fundamento limitador del impacto sobre la libertad, al mismo tiempo que presupone siempre la gradualidad. Ello es reiterado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en providencia sobre los alcances de la detención en consonancia con las directrices constitucionales. La Corte dice que el juez deberá establecer, en consecuencia, “bajo un pronóstico racional proporcional y, especialmente motivado que se cumplan los fines y objetivos de la misma, es decir, que el procesado comparezca en cualquier tiempo al proceso, bien sea para la instrucción, el juzgamiento o la ejecución de la pena, que preservará la prueba, esto es, no ocultará, destruirá o deformará elementos relevantes para el proceso...”⁴⁵.

Casos

Caso 1. “Camión de acpm”

En este caso, la jueza adelanta un juicio de proporcionalidad. (Los argumentos centrales en la aplicación del juicio serán estudiados en detalle en el aparte destinado a este principio). En el centro de dicho juicio, la jueza sitúa el principio de inocencia. Este es concebido por la funcionaria, en el contexto de su propio trabajo: “este despacho debe adelantar el cometido constitucional que le ha sido establecido, y que es la protección de los derechos y las garantías”. Al ponderar los intereses de la administración de justicia, con la protección de derechos fundamentales, la jueza introduce el principio de inocencia, en función de la duda que le asalta respecto de los elementos materiales con los que se pretende fundar por parte del fiscal la situación de flagrancia.

De esta forma, el principio de inocencia es concebido por la jueza en el horizonte del *in dubio pro reo* y la jueza da prelación a este principio de derecho penal

⁴⁵ Sala Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia de casación penal de julio 16 de 2002. M. P. Jorge Córdoba Poveda. Radicado No. 19.659. Esta posición ya la había establecido la Sala en auto de febrero 19 del mismo año y se reitera en providencia del 20 de agosto de 2002. En las sentencias de la Sala Penal se hace evidente una discusión entre sus miembros acerca del carácter y finalidad de las medidas de aseguramiento, especialmente de la detención preventiva. Pese a que la Sala Penal ha seguido la sentencia de la Corte Constitucional, ha prevalecido aún en la Sala la idea de que la detención preventiva tiene funciones de prevención general, lo cual equivale a confundirla con una pena. No obstante, las providencias han generado aclaraciones de voto, todas referidas al problema de la prevención general o especial: diversos magistrados niegan esta función. La discusión se hizo más palpable en la providencia del 20 de agosto de 2002. Sin duda, la claridad de las normas del nuevo Código de Procedimiento Penal, la existencia de varias opciones para el juez en relación con las medidas, los efectos de la sentencia de la Corte Constitucional y el énfasis en el bloque de constitucionalidad harán que poco a poco se vayan asentando en la administración de justicia los nuevos conceptos que deben regir estas figuras procesales.

liberal clásico. El aspecto tomado en cuenta, de manera esencial, frente al juicio de proporcionalidad, fue el relacionado con la prevalencia, constitucional y legal, del principio de inocencia.

IV. NECESARIA ADECUACIÓN DEL SISTEMA CARCELARIO AL CARÁCTER PROCESAL DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

No obstante lo anteriormente expuesto, como bien se advierte en un estudio, la reseñada legitimación procesal de la medida, pueden terminar por “hacer más severas las consecuencias del internamiento para los detenidos que para los condenados en lo que respecta a la limitación de los derechos fundamentales de los primeros. Así, por ejemplo, algunos ordenamientos restringen la posibilidad de comunicación del detenido, limitan a efectos de la investigación la libertad de correspondencia y, para completar, le impiden al detenido gozar de los beneficios penitenciarios de los condenados (permisos, salidas de fin de semana, etc.), dado que los motivos de su internamiento inevitablemente se relacionan con la necesidad de comparecencia al proceso y por lo tanto con un alto riesgo de fuga”⁴⁶.

Así, surge una encrucijada: la detención preventiva no es una pena, tiene un sentido estrictamente procesal, pero este puede ocasionar en la práctica un tratamiento más severo e indigno para el imputado, sobre todo cuando se trata de ciertos delitos sobre los cuales la presión política es mucho más determinante –el narcotráfico, aquellos ligados al crimen organizado, etc.– o cuando se trata de sujetos que constituyen “peligro” para la comunidad.

V. EL CARÁCTER PROCESAL DE LA MEDIDA Y LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

El carácter excepcional de la medida, que fundamenta su sentido procesal, es subrayado también por la jurisprudencia internacional, que reseña de manera particular la necesidad, la razonabilidad y la pertenencia de la medida. El artículo 9º del Pacto de Derechos Civiles y Políticos destaca, en su inciso 3º, por ejemplo, en relación con la medida cautelar, que “la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general”. Advierte la norma, sin embargo, que su libertad “podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso,

⁴⁶ Óscar Julián Guerrero. “Breve análisis sobre las causales constitucionales para la aplicación de medidas restrictivas de la libertad”, en: Óscar Julián Guerrero. *Fundamentos teórico-constitucionales del nuevo proceso penal*, editorial Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2005, p. 329.

para la ejecución del fallo”. Es decir, se concibe como una garantía para asegurar la comparecencia de la persona pero, como se ha interpretado el alcance de esta medida, ella debe ser “razonable” y “necesaria” en todo momento⁴⁷.

De otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir del artículo 8.2 de la Convención Americana que se refiere a la presunción de inocencia, establece que de dicha disposición surge la obligación “estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva”⁴⁸.

VI. CIRCUNSTANCIAS QUE PERMITEN DECRETAR LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

A) OBSTRUCCIÓN DE LA JUSTICIA

El artículo 309 del nuevo Código de Procedimiento Penal concibe necesaria la medida para evitar la denominada obstrucción de la justicia “cuando existan motivos graves y fundados que permitan inferir que el imputado podrá destruir, modificar, dirigir, impedir, ocultar o falsificar elementos de prueba”. La norma se refiere también a la posibilidad de actuar el imputado contra ciertos sujetos. Así, agrega la disposición que se puede imponer medida cuando se considere que aquel “inducirá a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente”. De igual manera, se hace posible la imposición cuando se tengan motivos fundados para inferir que el imputado va a impedir o dificultar la “realización de las diligencias o la labor de los funcionarios y demás intervinientes en la actuación”.

La norma, que hace parte de manera general de aquello que en la doctrina se denomina “peligro de obstaculización”, se funda –legitimación muy discutida por la doctrina– en la necesidad de preservar la prueba o de preservar la autenticidad de la declaración de testigos, o de los dictámenes de peritos; todo ello en función de la búsqueda de la verdad material. (Al respecto debe recordarse lo dicho en este trabajo sobre los límites de la búsqueda de la verdad material).

⁴⁷ Comité de Derechos Humanos, caso Hill y Hill vs. España, 1995. Según Guerrero, al interpretar este fallo, la “necesidad” se convierte en una parte implícita del carácter excepcional de la medida de detención y, por esa razón, el funcionario está obligado a dar cuenta de dicha necesidad en cualquier decisión de decretar la detención preventiva. (Óscar Julián Guerrero, *op. cit.*, p. 334).

⁴⁸ Corte IDH, Sentencia del 12 de noviembre de 1997, caso Suárez Rosero, párrafo 77.

No obstante, esta búsqueda es legítima y es tarea del Estado asumirla; hace parte además de un derecho general que nos asiste a todos en la reconstrucción de la verdad. Pero en este punto la tensión entre la presunción de inocencia –como principio rector de la actuación procesal– y la búsqueda de la verdad material se hace más compleja; el juicio del juez tiene que ser muy sofisticado. Llobert Rodríguez, en un texto fundamental en América Latina sobre la detención preventiva, considera que el peligro de obstaculización constituye una causal clásica de la prisión preventiva que, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, “es conforme a la presunción de inocencia, ya que se persiguen fines de carácter procesal”⁴⁹. Así, según el autor, debe aceptarse esta causal, “ya que uno de los fines del proceso penal es el descubrimiento de la verdad, que se trata de garantizar a través de esta causal de prisión preventiva, cuando existe peligro de que el imputado intente falsear los medios de prueba”⁵⁰.

De todas maneras, el autor da cuenta de la doctrina minoritaria que se opone a esta causal porque considera que ella introduce una distinción desigual entre sospechosos y no sospechosos, ya que estos también pueden obstruir en todo momento el accionar de la justicia. Lo importante, más allá de esta distinción muy sutil, es tener en cuenta, tal como lo advierte el autor, que esta causal es de “mucha menor importancia que el peligro de fuga, debiendo hacerse uso de ella de manera excepcional, ya que muchas veces la prisión preventiva con base en el peligro de obstaculización no es adecuada para evitar la falsificación de la prueba, debido a que esta puede ser llevada por personas ligadas al imputado, por ejemplo: sus familiares, cómplices, etc.”⁵¹.

1. LOS MOTIVOS “GRAVES Y FUNDADOS”: ESPECIAL ATENCIÓN EN LA EVALUACIÓN POR PARTE DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

Especial atención deberá tener el juez en la evaluación de la noción de “motivos graves y fundados”. A partir de ellos se adelanta el juicio de inferencia del juez de control de garantías. En el caso colombiano, la *gravedad* de los motivos no ha sido muchas veces tal; al contrario, ha tendido a suscitar un juicio ligero, de tal manera que cualquier comportamiento ha tendido a ser concebido inmediatamente como grave. Desde la expedición del denominado “estatuto para la defensa de la justicia” en 1990 –un verdadero estatuto procesal especial de orden público– la restricción sistemática de libertades y garantías, fundadas en una supuesta gravedad de los hechos,

⁴⁹ Javier Llobert Rodríguez. *La prisión preventiva (límites constitucionales)*. Universidad para la Cooperación Internacional. San José, 1997, p. 225.

⁵⁰ Ibídem, pp. 225 y 226.

⁵¹ Ibídem, p. 226.

o en la protección de la *seguridad*, en numerosos casos sin ninguna explicación de los motivos de inseguridad, ha sido una constante en el caso colombiano.

Así como lo excepcional se ha convertido en muchas ocasiones en lo normal, la supuesta *gravedad* de los motivos se ha convertido en la condición normal para afectar la libertad de una persona. Las meras sospechas no resisten el juicio de razonabilidad o de necesidad que es fundamental en estos casos⁵². Es importante recordar, en este punto, la sentencia de la Corte Constitucional de 2001 reseñada, que enfatizó, frente a la posibilidad de decretar la detención preventiva, el carácter de requisito *sustancial* –con amplia exigibilidad de fundamentación por parte del funcionario– de la demostración de los “indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso”⁵³. Un motivo grave, precisamente por ser de ese carácter, tiene que soportar una carga mucho mayor de fundamentación.

De otra parte, de acuerdo con el artículo, que puede descomponerse en tres niveles: uno relacionado con la posible manipulación u obstrucción de la prueba, el otro que se dirige más contra personas que pueden tener un papel en el proceso y el tercero, más concreto, que se refiere directamente a los funcionarios e intervinientes directos en el mismo, hay que aclarar que el juez debe saber exactamente qué tipo de prueba puede eventualmente destruirse o contra quién puede dirigirse una acción del imputado. Hay pruebas que, por su misma naturaleza, no pueden destruirse y hay personas frente a las cuales, por el tipo de conducta o las circunstancias en que esta se cometió, no pueden tener lugar las amenazas: el juicio del juez no puede ser abstracto, tiene que referirse a circunstancias muy precisas de acuerdo con los niveles mencionados. Además, como se verá, los requisitos –que deben leerse desde luego en clave constitucional siempre– establecidos en el artículo 309 se mezclan entre sí, especialmente aquellos que se relacionan con la conducta del imputado.

2. ESTRATEGIAS DE DEFENSA Y CONDUCTA DEL IMPUTADO

Finalmente, debe tenerse en cuenta que en ningún caso los comportamientos propios de la estrategia de defensa, incluso el silencio –sobre el cual se ha discutido

⁵² Aunque se trata del tema concreto de la detención preventiva administrativa, es importante reseñar aquí el estudio que diversos procuradores delegados hicieron en relación con disposiciones recientes que permitían dicha detención, todo ello basado, como ha sido habitual, en motivos o “indicios graves”. (Procuraduría General de la Nación. “Informe analítico sobre informantes”, en: Procuraduría General de la Nación, Política de la PGN en materia de conmoción interior. El énfasis preventivo. Bogotá, mayo de 2004, p. 269 y ss.).

⁵³ Corte Constitucional, Sentencia No. C-774 de julio de 2001.

arduamente en la doctrina— del imputado y, más allá, su reticencia a “colaborar” con la administración de justicia, no pueden ser concebidos como motivos graves o fundados para decretar la medida. Esto vale también, como se verá más adelante, cuando se trata de la posible no-comparecencia del imputado, en función de la actitud asumida por él: esta debe tener relevancia solo, en el contexto del artículo 309, cuando dicha actitud esté efectivamente obstruyendo la actuación de la administración de justicia. Recuérdese lo dispuesto en el artículo 33 de la Constitución Política, que contiene otra limitación de derecho penal liberal clásico a la búsqueda de la verdad material: “Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”.

B) LA POSIBILIDAD DE LA NO-COMPARECENCIA DEL IMPUTADO

Esta circunstancia, prevista como requisito en el numeral 3 del artículo 308 y luego definida en sus alcances por el artículo 312, se leerá en relación con lo dispuesto en el artículo 310 sobre el posible peligro de los actos del imputado para la comunidad y en relación con el artículo 311 que se refiere específicamente a las víctimas. Dice el artículo 312 que “para decidir acerca de la eventual no-comparecencia del imputado, además de la modalidad y gravedad del hecho y de la pena imponible”, se deberán tener en cuenta ciertas circunstancias.

Lo primero que se debe aclarar en relación con la norma es que, de manera general, tal como se ha dicho, nunca la sola modalidad y gravedad del hecho y, menos aun, automáticamente el solo *cuatum* punitivo previsto en una disposición, constituyen motivos suficientes para decretar la medida de aseguramiento. En el propio acto legislativo que reformó la Carta Política no tiene ello una relevancia: no es el hecho determinante frente a la restricción de la libertad.

Cuando el artículo 312 del Código establece que “además de la modalidad y gravedad del hecho” se deben tener en cuenta ciertas circunstancias, dicha modalidad y gravedad constituyen un marco general a partir del cual se analizan las demás condiciones, pero no significa que la gravedad sea el elemento central para evaluar la posible no-comparecencia. Recuérdese, en este sentido, la sentencia de la Corte Constitucional reseñada sobre el tema: siempre se debe atender a los fines de la figura de la detención y esta no se puede aplicar de manera automática. Este es, además, el sentido real del detalle con que el Código en el artículo 312 busca definir las circunstancias que se deben tener en cuenta en función de los requisitos para decretar las medidas.

Casos**Caso 1. “San Alejo”**

En desarrollo de este caso, el juez encontró que “es evidente que el delito es de competencia de los jueces especializados”. Ese hecho constituye “un ítem que permite la medida y es un delito penalizado con un mínimo de cuatro años”. No obstante, advierte el juez y citando el acto legislativo que reformó la Carta Política, que la detención preventiva no es “automática”. Es decir, no basta que, una vez se cumplan los requisitos legales, de manera automática se pueda proceder a dictar la medida de aseguramiento.

Este es un argumento que se ha repetido en diversas decisiones de los jueces de control de garantías. Según ellos, el sentido real de la norma es que, “además” de la gravedad del hecho, se deben observar circunstancias particulares. Obviamente, cada caso tiene una exigencia diferente: es posible, en delitos extremadamente graves, que la sola gravedad del hecho conduzca a una valoración positiva sobre la necesidad de la medida. Pero son los casos excepcionales.

Caso 2. “Robo a la empresa”

En este caso, la jueza que lo falló insistió de manera especial en la no-procedencia de la medida de una manera automática. La funcionaria adelanta un análisis detallado sobre todas las normas pertinentes, se detiene muy especialmente en la argumentación acerca del posible peligro de una persona para la sociedad, en la manera cómo debe ser interpretada esta norma desde el punto de vista constitucional, en los cambios que se han producido; discute el hecho de que hoy la gravedad de la conducta no puede ser considerada automáticamente como la razón para detener preventivamente, y subraya que el artículo 310 del Código señala hoy que, “además” de la gravedad del hecho, deben tenerse en cuenta otras variables como son los antecedentes, y que por lo tanto, hoy no funciona de manera automática la medida de aseguramiento.

Debe anotarse que la noción de antecedentes sigue teniendo mucha importancia para los jueces, no solo de control de garantías, sino de conocimiento; en la ponderación del juicio, los jueces tienden a tener muy en cuenta la existencia o no de antecedentes. Este hecho, de importancia indudable, hay que ponderarlo de acuerdo con los cambios que ha sufrido la legislación penal sustancial: de una prelación, en sentido positivista y peligrosista, de los antecedentes sobre cualquier otra circunstancias o características del sujeto, a una consideración de los antecedentes como una de las circunstancias que, en el terreno de la punibilidad, en conjunto con otras, debe ser valorada por parte del juez.

1. LA FALTA DE ARRAIGO DEL IMPUTADO EN LA COMUNIDAD

La primera circunstancia relacionada con el imputado que se debe tener en cuenta es la siguiente: “La falta de arraigo en la comunidad, determinado por el domicilio, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades que tenga para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto”.

En relación con esta circunstancia, que a su vez se subdivide en varias, rige plenamente aquello que hemos denominado aquí como *gradualidad*, en tanto exigencia para el juez de control de garantías. Y como exigencia para darse la gradualidad, surge la necesidad de que el juez estudie con celo caso por caso, y sepa muy bien a qué realidad se refiere su juicio. Por ejemplo, en un país poblado de desarraigados, en un país con un fenómeno de desplazamiento forzado tan agudo –a más de la movilización permanente en función de mejores oportunidades de vida en un país pobre– el juez no puede evaluar la circunstancia de falta de arraigo de una manera radical, lo mismo el asiento de la familia y de los negocios.

El *peligro de fuga*, como se conoce esta serie de circunstancias, no puede ser evaluado de una manera ligera. El desplazamiento permanente de un lugar a otro, por ejemplo, en razón a la búsqueda de sustento, no puede ser visto como peligro de huida. Hay que ser especialmente cuidadoso con ello: no solo está presente aquí el respeto por la presunción de inocencia, sino también el hecho de evitar perjuicios graves en el ámbito laboral o en relación con los ingresos, cuando se detiene a una persona y se la deja sin opción laboral. Tanto más acertada será esta apreciación si se tiene en cuenta que el sistema penal en nuestro país sigue adoleciendo de profundos niveles de selectividad, de manera que una gran cantidad de imputados sigue siendo reclutada en los sectores más vulnerables.

Esto es consistente, además, con la especial sensibilidad que el Código Penal vigente tiene respecto de ciertas condiciones especiales de vulnerabilidad. Tanto en las circunstancias de menor punibilidad como en las circunstancias previstas en el artículo 56, el Código le permite al juez hacer auténtico ejercicio de criminología sin dejar de atender los postulados positivistas del derecho penal. Este artículo hace referencia a la realización de conductas bajo “la influencia de profundas circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, en cuanto hayan influido directamente en la comisión de la conducta”, y prevé disminuciones importantes en la aplicación de la pena. El juez debe ser un lector privilegiado de la realidad nacional.

En este punto, más allá de los estándares internacionales mínimos, de la necesidad de que el juez hoy sea en su juicio más complejo, al situarse en un contexto globalizado

y con exigencias universales, el juez debe estar inserto efectivamente en la realidad muy particular del país para evaluar la conducencia de la medida cautelar. No es lo mismo, por ejemplo, la prohibición de salir de un territorio particular que la prohibición de salir del país cada uno de esas opciones merece un juicio gradual e independiente. Un informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos insiste en la noción de gradualidad en relación con el peligro de fuga o de huída. Para el organismo, si el peligro de huída es la circunstancia que amerita la medida cautelar, “las autoridades judiciales pueden solicitar las medidas necesarias para asegurar que el acusado comparezca, tales como fianza, o en casos extremos la prohibición de salida del país”⁵⁴.

2. EL DAÑO CAUSADO Y LA ACTITUD DEL IMPUTADO FRENTE A ESTE: UNA EVALUACIÓN ESPECIALMENTE COMPLEJA

Las otras dos circunstancias aportadas por el artículo 312 se refieren a la “gravedad del daño causado y la actitud que el imputado asuma frente a este”, así como “el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior, del que se pueda inferir razonablemente su falta de voluntad para sujetarse a la investigación, a la persecución penal y al cumplimiento de la pena”.

Diversas ideas expresadas previamente adquieren de nuevo consistencia aquí: el punto de partida es que todo proceso supone para el individuo una carga en sí. Por eso, la buena voluntad, la actitud del imputado, etc., deben medirse de la manera más objetiva posible, lejos de prejuicios morales y con una gran exigencia de razonabilidad. El derecho de defensa y sus alcances constituyen aquí un límite concreto a la evaluación del juez. Esto vale tanto para la evaluación del comportamiento del imputado durante el proceso actual como respecto de otro anterior. Ya se dijo: una cosa es hacer trampa y ser desleal, por ejemplo, burlar a la justicia de manera reiterada cambiando de domicilio y huyendo permanentemente, y otra cosa muy distinta es ejercitar el derecho constitucional de la no-autoincriminación. Aquí la noción de “colaboración con la justicia” debe ser revisada de manera permanente.

En relación con la gravedad del daño y la actitud del imputado frente a este, debe aclararse que el nuevo Código de Procedimiento Penal encuentra en la justicia restaurativa uno de sus pilares. Este modelo de justicia debe leerse, como todo el Código, en función del derecho penal mínimo. Es decir, en función de generar el menor daño posible. El derecho penal, como derecho sancionatorio, es un mecanismo institucional que produce menoscabo de bienes jurídicos. Evitar dolores inútiles es

⁵⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bronstein vs. Argentina. 1997.

un cometido del derecho penal mínimo. Además, se trata de razones de eficiencia: mecanismos de reparación pueden ahorrar esfuerzos que se requieren para otros propósitos. El numeral 7º del artículo 250 reformado de la Carta Política establece al final que la “ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa”.

Sin que se genere una suerte de desinstitucionalización de la función penal o de privatización de ella, mecanismos como la mediación, que permite al imputado desde una fase inicial del proceso manifestar su voluntad de reparar el daño causado, son interesantes y le pueden dar consistencia al Código. Delitos contra la propiedad, por ejemplo, pueden ser amparados por dichos mecanismos alternativos. Desde que no se conviertan estos en mecanismos perversos de aceptación –presiónada– de responsabilidades que no se tienen, pueden ser concebidos efectivamente como expresiones de buena voluntad y de sentido de reparación a las víctimas. Hoy hace carrera la noción de *reparación* en relación con las víctimas. Por lo tanto, constituye una necesidad para el juez advertir esta tendencia y ponerse a tono con ella⁵⁵.

C) EL POSIBLE “PELIGRO” PARA LA COMUNIDAD O PARA LA VÍCTIMA

Como se dijo, las circunstancias contenidas en el artículo 312 pueden ser leídas en consonancia con las de los artículos 310 y 311. La primera de estas disposiciones, que busca aclarar los alcances del significado de peligro, como una circunstancia que posibilita la imposición de la medida de aseguramiento, establece lo siguiente: **“Peligro para la comunidad.** Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, además de la gravedad del hecho y la pena imponible, deberán tenerse en cuenta las siguientes circunstancias...”

Antes de analizarlas, debe decirse lo siguiente: la penosa experiencia de la primera declaración del estado de excepción bajo la nueva Carta Política, que se justificó bajo el supuesto de que la concesión de la libertad a “presos de especial peligrosidad” que cumplían con el tiempo previsto para obtenerla acarrearía un

55 En el *Conversatorio Interinstitucional* para el sistema penal acusatorio, el tema de los acuerdos y preacuerdos ha sido ampliamente debatido, especialmente en relación con los alcances reales de la manifestación para acordar por parte de la persona incriminada. Se ha buscado evitar que estos mecanismos se conviertan en instrumentos de presión generalizados para que se acepten responsabilidades sin conocerse muy bien sus consecuencias. Ver, a propósito, el aporte del Juez Ricardo Castellanos en el documento sobre “acuerdos y negociaciones”. En: www.ramajudicial.gov.co/sistema-penal-acusatorio/ *Conversatorio sistema penal acusatorio/* acuerdos y preacuerdos. Junio 20 de 2005.

inminente peligro para la comunidad, tuvo lugar en razón al supuesto de que la libertad podía resultar peligrosa para la comunidad. (Exactamente en los mismos términos se encuentra redactada la norma que se estudia). Por esa razón, tal como se desprende de toda la discusión que se generó por varios años, ya que fueron diversas las declaraciones del estado de excepción que se adelantaron y varias las sentencias de la Corte Constitucional al respecto, lo primero que es necesario aclarar es que, en términos generales y en sí misma, la libertad de las personas no puede ser nunca concebida como una fuente de peligro para la sociedad.

Es posible que en un caso muy concreto, homicidios reiterados por ciertos actores sobre un grupo de víctimas y en cierto territorio por cierto tiempo; o el caso de un agresor sexual concentrado sobre un grupo de víctimas –menores por ejemplo– en un determinado territorio y otros casos, puedan dar pie a que se piense que habría un peligro potencial para ciertas personas en situación de riesgo. Pero el peligro no se debe a la condición de la libertad, se debe a los hechos concretos de una persona o grupo de personas que permiten prever una cierta consecuencia futura. De esta distinción depende, en el fondo y por más sutil que ella pueda aparentemente ser, el tipo de proceso penal que en la práctica tenga lugar en un país. Por esa razón, resulta muy problemática la redacción de la norma: “Si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad”. Se repite: la libertad en sí misma de una persona, precisamente porque es la condición natural del hombre en sociedad, no puede ser vista como causante de un peligro. La norma debe interpretarse de manera absolutamente restrictiva⁵⁶.

En el caso de la primera declaración de conmoción interior en virtud de una supuesta –nunca se dio en la forma masiva en que se dijo– salida de presos especialmente peligrosos de las cárceles, la pregunta central desde el derecho constitucional penal fue justamente si la aplicación del principio de libertad podía ser considerada como causante de una conmoción interior⁵⁷. Los argumentos de los

⁵⁶ Este tema fue debatido en el *Conversatorio Interinstitucional* y de manera mayoritaria los jueces adoptaron en este escenario una postura crítica frente a la noción de peligro y propusieron fórmulas de interpretación limitadas y restrictivas. Véase: www.ramajudicial.gov.co/sistema penal acusatorio/conversatorio sistema penal acusatorio/ medidas de aseguramiento.

⁵⁷ Se trata del decreto 1155 del 10 de julio de 1992, que constituyó la primera declaración del estado de conmoción interior bajo la recién promulgada Carta Política, y que fue dictado por el Ejecutivo con el objetivo de impedir la *supuesta* salida masiva de presos de especial peligrosidad que eran juzgados en la justicia regional. La Sentencia que lo declaró exequible y respecto de la cual se dio un salvamento de voto especialmente importante en relación con la tensión entre principio de libertad y funcionamiento de la administración de justicia, fue la No. C-556 del 15 de octubre de 1992. En la lectura constitucional del nuevo Código de Procedimiento Penal, que se adelanta en el texto de Eduardo Montealegre y Jaime Bernal Cuéllar, se reseña este problema y se aclara que

jueces Alejandro Martínez y Ciro Angarita, ligados a su salvamento de voto en la primera sentencia sobre el tema fueron, luego de varios años de disputas, adoptados como pertinentes: la concesión de la libertad no puede ser considerada como generadora de una conmoción interior; menos en toda la República y, menos aun, puede ser considerada como fuente de peligro de una manera indiscriminada, incluso sin individualizar los sujetos más peligrosos, como ocurrió en la última declaración de conmoción en este sentido.

Cabe decir, al respecto, que en su momento la Fiscalía General de la Nación se refirió a un número abstracto de cerca de 800 detenidos de “extrema peligrosidad” que quedarían en libertad. Cuando la Corte Constitucional solicitó al ente investigativo los nombres y las características exactas de cada uno de los sindicados, la Fiscalía no los envió. Incluso el informe de la Fiscalía Regional de Bogotá dijo simplemente que “por problemas en el sistema informativo de la regional no ha sido posible identificar los nombres”⁵⁸. Por ello, la Corte, en su declaración de inexequibilidad del decreto de excepción, aclaró lo siguiente: “La capacidad para alterar el orden público debe deducirse de una serie de elementos fácticos, diferentes del simple dato numérico abstracto de ‘detenidos que podrían quedar en libertad’”. Enseguida, agregó el juez constitucional: “Si la concesión de libertad a una persona se establece como motivo de perturbación del orden público, lo mínimo que se exige es la identificación de dichas personas”⁵⁹.

Debe agregarse, finalmente, que en toda la literatura especializada se enfatiza el hecho de que la medida cautelar que se adopte tiene que hacerse de acuerdo con cada caso específico y de acuerdo con circunstancias particulares. En temas tan delicados no es de ninguna manera permisible que se tomen medidas de “bulto”, y de manera abstracta e indiscriminada contra varias personas. Así, analizando el caso del peligro de huida, un autor citado aclara: “Es aceptado que el peligro de fuga no puede afirmarse en forma esquemática de acuerdo con criterios abstractos, sino que debe analizarse conforme al caso concreto. Por ello, el hecho de que se ordene

este tipo de supuestos niega la “capacidad de autodeterminación de la persona al presuponer, sin prueba alguna, que la libertad de sindicados por ciertos delitos conducirá inexorablemente a la alteración del orden público”. (*El proceso penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 50).

⁵⁸ Informe de la Fiscalía presentado al juez constitucional. Corte Constitucional, sentencia No. C-300 de julio de 1994, en: *Gaceta Constitucional*, Tomo 7, Bogotá, p. 291.

⁵⁹ Ibídém, p. 291 y s. Es muy importante recordar que el nuevo Código de Procedimiento Penal establece, claramente, en el artículo 128, que: “La Fiscalía General de la Nación estará obligada a verificar la correcta identificación o individualización del imputado, a fin de prevenir errores judiciales”. Se trata, desde luego, de una consideración elemental.

la prisión preventiva de un imputado, o se sustituya dicha medida por otra menos gravosa, no debe llevar a afirmar que, con base en el principio de igualdad, debe actuarse de la misma manera con respecto a los otros imputados”⁶⁰.

En el nuevo Código de Procedimiento Penal, en los numerales 1 a 4 del artículo 310, se hace un esfuerzo por reseñar ciertas circunstancias particulares que deben servir al juez para la elaboración y sustentación de su juicio. Pero ellas deben ser leídas, como se ha advertido, no en función del peligro potencial representado hipotéticamente por la libertad, sino en función del peligro específico de ciertos actos que pueden ser posiblemente cometidos por un imputado. (Esto es consecuente, además, con un derecho penal del acto o del hecho, y no de un derecho penal de autor, que podría desprenderse de una disposición que de entrada establezca que la libertad de los individuos puede ocasionar en sí un peligro para la comunidad). Las dos primeras circunstancias a las cuales se alude para considerar que los actos de una persona pueden ocasionar peligro, son: “La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales” y “el número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos”.

Como se dijo previamente, el juez debe valorar con mucho cuidado este tipo de circunstancias, particularmente por el hecho de que la legislación penal está poblada de normas que son muy dudosas desde el punto de vista dogmático, que anticipan la punibilidad, que crean confusión al momento de la aplicación de los tipos penales y que hacen parte de legislaciones penales especiales muy ligadas a situaciones coyunturales. Por eso, se debe ser especialmente cauteloso con fórmulas legislativas como concierto para delinquir y otras normas que inmediatamente pueden dirigir y condicionar el juicio del juez frente a la posible peligrosidad de una persona. El nuevo Código de Procedimiento Penal debe servir como oportunidad para que los jueces afinen su juicio frente a la legislación penal sustancial y para que reinterpretan los alcances de las normas.

Por ejemplo, siguiendo el problema planteado, el artículo 58 del Código Penal, en su numeral 10, considera una circunstancia de mayor punibilidad el hecho de “obrar en participación criminal”. La consagración de esta circunstancia se presta para que, en algunos casos, ella se pueda agregar a formas del concurso necesario, como puede ser el concierto para delinquir o delitos que presuponen un sujeto activo plural, con el fin de agravarse la conducta. (Y el fundamento que estaría detrás de todo ello, sería la “peligrosidad” que se da por supuesta).

⁶⁰ Javier Llobert Rodríguez, op. cit., p. 214.

Es el juez quien debe decidir sobre este punto que es problemático: debe tener en cuenta, de una manera general, el Código Penal en función del Código de Procedimiento, no para juzgar de una manera automática en relación con ciertas conductas, sino para analizarlas con mayor rigor. Esto vale también, desde luego, respecto de la segunda circunstancia que el artículo 310 consagra: “El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos”.

Luego el artículo 310 agrega dos circunstancias finales: el hecho de estar una persona acusada, o de encontrarse ella sujeta “a alguna medida de aseguramiento, o de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional”. Debe decirse que el principio de la gradualidad no puede obrar en la práctica como una especie de concesión del juez, es decir, cuando un imputado se encuentra bajo una medida sustitutiva de la pena privativa de libertad no se debe entender ello como una concesión o como una dádiva de la administración de justicia: es una medida impuesta de acuerdo con un análisis de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad.

Por ello, no se trata de imponer, entonces, de manera automática, la medida restrictiva de la libertad, una vez se tenga la sospecha de que el individuo que goza de una medida sustitutiva no ofrece ya una garantía de colaboración con la justicia o que constituye un peligro. Todo cambio debe ser muy bien justificado. El principio de gradualidad es una herramienta dogmática con sustento constitucional y legal y, por eso, todas las decisiones que se tomen en relación con la sustitución de una medida por otra deben ser razonablemente fundadas.

Casos

Nota aclaratoria

Al observarse un número muy representativo de audiencias preliminares, así como se llega a la conclusión de que solo en muy pocos casos la Fiscalía General solicita medidas de aseguramiento distintas a la detención preventiva, se observa también que el centro de la argumentación de este interviniente está determinado en una gran mayoría de casos por el supuesto “peligro” que el indiciado representaría para la sociedad. En los más disímiles casos, desde hurtos hasta toda clase de delitos como aquellos situados en el contexto de la llamada “piratería”, en todos los frentes, la Fiscalía argumenta la noción de peligro.

Una vez se argumenta en función del peligro, esta categoría se convierte en una especie de ámbito general de imputación de toda suerte de circunstancias ligadas a los artículos 309, o 311, o 312. Así, desde el peligro considerado como algo

consustancial a todo delito respecto del cual procede la detención preventiva, en numerosos casos la Fiscalía deduce que se dan todos los demás requisitos previstos en el artículo 308. De esta forma, el peligro de obstrucción a la justicia, o el peligro de fuga, es considerado dentro del marco general del peligro que la persona representa: son circunstancias que se agregan automáticamente a la noción de peligro.

Los jueces han reaccionado en múltiples ocasiones frente a este sistema argumentativo. Incluso en los casos en que los jueces han observado que se dan las circunstancias previstas por el artículo 310, los funcionarios han evitado hacer consideraciones automáticas o abstractas sobre la existencia del peligro; han colocado esta noción en sus justas dimensiones y luego de adelantar un juicio de proporcionalidad y una valoración exhaustiva de los requisitos legales que comporta la medida, la han decretado. Ello fue lo que ocurrió por ejemplo con el caso denominado “La zorra en Bogotá”, al cual se ha hecho referencia.

En otros casos los jueces han rechazado la solicitud de medida al aplicar, frente a la noción de peligro, una exigibilidad concreta en la demostración del fiscal de la necesidad de la medida. Ello está ligado, como se ha visto, al hecho de que no se concibe hoy por parte de los jueces un surgimiento inmediato de la necesidad de una medida de aseguramiento, en función de la mera argumentación sobre la posible peligrosidad. Esta hay que demostrarla en todos los casos.

Casos

Caso 1. “San Alejo”

En este caso se observa una posición muy activa del juez en relación con el concepto de peligro. El juez verifica que se trata de un hecho eminentemente grave –el porte ilegal de munición de uso privativo de las fuerzas armadas– pero aborda el hecho concreto y las condiciones en que este se llevó a cabo. El juez establece que, si bien se trata de una conducta prohibida en razón a decisiones de política criminal bien fundadas, al tratarse de un país en conflicto, en el hecho concreto no se concretaba el hecho en una gravedad ligada, por ejemplo, a la dinámica de grupos armados.

El juez adelanta una discusión sobre la problemática, desde el punto de vista constitucional, inherente a la noción de peligro y la exigencia que existe de adelantar respecto de ella una interpretación restrictiva. Es interesante reseñar que la argumentación del juez está basada en la reforma introducida por el acto legislativo reformatorio de la Carta. Para el juez, el hecho de que la persona se encuentre en libertad no significa que inmediatamente ella pueda constituir un peligro para la sociedad; según el funcionario, en el caso concreto, se trata de una persona que “tiene

una responsabilidad, un trabajo y se acaba de allanar a los cargos”. En función del principio de comparecencia, el juez rechaza la solicitud de la medida, al encontrar que con otra medida diferente se logra el respeto a dicho principio.

Caso 2. “Robo a la empresa”

En este caso, la jueza adelanta un análisis detallado sobre todas las normas pertinentes; se detiene muy especialmente en la argumentación acerca del posible peligro de una persona para la sociedad y en la manera como debe ser interpretada esta norma desde el punto de vista constitucional y en los cambios que se han producido con el nuevo estatuto procesal.

De esta manera, la jueza rechaza el argumento del peligro, basado sobre todo en una mera narración fáctica de hechos relacionados con la comisión de la conducta. La jueza, en el caso particular, no aceptó la existencia per se del peligro y advirtió al fiscal que este no demostró la necesidad de la medida en función de dicho peligro. Es interesante advertir que en este caso la persona afectada, la víctima del robo, recibió durante un tiempo llamadas amenazantes. Este hecho fue posterior al hurto. El fiscal señaló a uno de los acusados de ser el sospechoso de adelantar dichas llamadas. La jueza, empero, no encontró en la argumentación y en la demostración fáctica del fiscal, los elementos de convicción que demostrarían que se trataba efectivamente de la persona imputada. La jueza no encontró la conexión entre las amenazas y la persona capturada; no aceptó la conexión automática, solo por el hecho de hallarse una persona capturada y ser sospechosa en la participación del ilícito. Por esa razón, no consideró pertinente el peligro anunciado por el fiscal sobre la víctima.

Caso 3. “La zorra en Bogotá”

En este caso, el juez adelanta una argumentación muy sólida y muy organizada. La argumentación del fiscal, por su parte, fue la siguiente: el sujeto “constituye un peligro para la sociedad, ya que este tipo de personas no puede estar deambulando por las calles traficando con droga, porque esto es un daño para toda la sociedad”. El fiscal agrega: “es un mal ejemplo y, por esta razón, se trata de un delito contra la salud pública”.

El juez no inicia su argumentación haciendo referencia a la existencia del peligro que la persona representa. Primero, analiza las normas que regulan las medidas de aseguramiento; una a una son evaluadas dichas normas, y luego el juez constata la pertinencia de las medidas de acuerdo con los fines constitucionales.

Una vez ha constatado la prevalencia del principio de libertad, ha constatado la necesidad de la medida, el juez la decreta y hace alusión concreta al posible peligro

que los actos de la persona capturada puedan representar para la comunidad. El juez tuvo en cuenta, de manera especial, la cantidad de marihuana incautada y hace alusión al tipo de conducta, relacionada con la prohibición general de hechos relacionados con narcotráfico.

Caso 8. “El pirata”

Radicado 110016000013200505279

Junio 18 de 2005-06-23 Juez 20 Municipal con función de control de garantías:
Delito: defraudación a los derechos de autor

Hechos del caso: una persona fue capturada a las once de la mañana del día dieciocho de junio cuando se encontraba en su establecimiento de comercio y estaba exhibiendo y almacenando CD y videos. Una vez estos fueron revisados por los agentes de policía se observó que eran ilegales.

La Fiscalía solicitó imposición de diversas medidas de aseguramiento, consistentes en caución prendaria, presentaciones periódicas y suscripción de acta de la obligación de observar buena conducta individual, familiar y social.

La Fiscalía sustentó su petición de las medidas de aseguramiento, en el hecho de que el imputado representaba a su juicio un peligro para la comunidad, ya que tenía una sentencia ejecutoriada por la misma conducta punible.

Según el fiscal, era posible deducir razonablemente que la persona iría a continuar con la actividad delictiva y, por ende, iría a poner en peligro a la comunidad, pues con su accionar vulneraría la actividad lícita de las empresas que fabrican videogramas y fonogramas. Agregó, el fiscal, que con ello se provoca la evasión de impuestos que la defraudación de los derechos de autor lleva consigo.

Igualmente, aduce la Fiscalía que esta persona no va a comparecer al proceso, ya que ella ha causado un grave daño al país y que el mismo es notorio y relevante, con consecuencias muy serias para la industria del video y de los fonogramas de Colombia. Además, expone que la actitud del imputado es de indiferencia, pues pese a haber sido condenado en 2002 por el mismo delito, continuaba ejerciendo dicha actividad delictiva.

El juez inicia su exposición de la siguiente manera:

Según el funcionario, “las medidas de aseguramiento, aun las no restrictivas de la libertad, deben ser aplicadas de manera restrictiva y no expansiva, como lo solicita la Fiscalía.” De tal forma, agrega el juez, “imponer la medida de conformidad con el

artículo 310 del Código, en este evento, es hacerlo a la ligera, pues si bien es cierto existen las anotaciones ofrecidas por la Fiscalía, no son confiables por no haber un cotejo dactiloscópico y esto puede llevarnos a problemas de homonimia”.

El juez se pregunta: ¿quién es el individuo contra quien se pide la medida? Según el juez, la misma Fiscalía ha expresado que se trata de un pequeño comerciante con ingresos precarios, \$200.000, y una actividad comercial lícita. “En el peor de los casos es el eslabón más frágil de la cadena del punible que se le imputa, pues no es ni fabricante ni comerciante a gran escala. Dice la Fiscalía que con el daño causado a las empresas de videos y discos compactos se está violando el Estado social de derecho y este despacho observa que el mismo está al servicio del individuo y su dignidad, razón por la que no compartimos dicha tesis”. Además, agrega el juez, este individuo, “está en un grave estado personal, por las condiciones socioeconómicas y por ende el posible perjuicio por él causado es mínimo”.

Por estas consideraciones “el despacho no encuentra válida la argumentación de la Fiscalía en el sentido de que va a continuar la actividad delictiva, pues si lo hace es por sus difíciles condiciones económicas y sociales y eso no se puede tomar como vulneración a la preservación de la comunidad.”

En cuanto a la comparecencia, dice el juez: “el daño causado por el imputado, como ya se ha dicho, es mínimo y además él es, se reitera, el eslabón más frágil de la cadena. Además la actitud de la persona ha sido de colaboración con la justicia al punto que se ha allanado a los cargos y esto facilita la administración de justicia”.

El juez concluye, en consecuencia, “que la actividad del imputado nos indica que es una persona de bien y no representa ningún peligro, y si ha cometido probablemente el punible es por las circunstancias trágico-económicas y sociales que vive el país, y reiteramos, no es más que el eslabón más débil de la cadena del delito que se le imputa”. No decreta ninguna de las medidas solicitadas. (Sobre la medida de buena conducta solicitada por el fiscal se volverá más adelante).

1. LA NOCIÓN DE “PELIGRO” EN EL DERECHO PENAL SUSTANCIAL

En relación con la noción de peligro, no está de más recordar que no solo en el aspecto es esta una noción muy compleja y muy problemática, sino que lo es también para el derecho penal sustancial. La sociedad de riesgo, la gran cantidad de acciones imprudentes, ha hecho que, tanto en el ámbito doctrinal como en el jurisprudencial, se tengan en cuenta nuevas reglas de imputación penal. Pero esfuerzos interesantes como la teoría de la imputación objetiva han encontrado en la noción

de peligro —asociada en este caso a la de riesgo— una noción particularmente difícil de conceptualizar.

Roxin lo acepta así, expresamente, y no es por ello causal, además, de que su tratamiento de los delitos de peligro —tanto de carácter abstracto como concreto— en su Tratado de Derecho Penal lo haga dentro de la parte correspondiente a la imputación al tipo objetivo y aclare que en el caso de los denominados tipos de peligro, a pesar de que “su número aumenta cada vez más en la legislación moderna, su investigación sigue estando en los inicios”⁶¹. Lo que sí es claro es que quedaron atrás los tiempos del peligrosismo positivista, afincados sobre la idea de una diferencia radical entre el buen y el mal ciudadano, y sobre la premisa de que quien delinque es una especie de enfermo peligroso. Incluso, en la posibilidad de que haya restricción de garantías en función de una peligrosidad basada en la reincidencia, por ejemplo, el juicio del juez no debe soportarse bajo aquel peligrosismo —ese sí, en extremo peligroso para un derecho penal auténticamente basado en la Constitución.

D) EL POSIBLE PELIGRO PARA LA VÍCTIMA

Finalmente, hay que reseñar el artículo 311 del Código que concreta las anteriores consideraciones alrededor del eventual peligro que puedan representar los actos de una persona para la comunidad, en el caso particular de la víctima. Dice la disposición que “se entenderá que la seguridad de la víctima se encuentra en peligro por la libertad del imputado, cuando existan motivos fundados que permitan inferir que podrá atentar contra ella, su familia o sus bienes”. Se trata de una innovación del Código que debe interpretarse de acuerdo con lo anteriormente señalado, al mismo tiempo que debe interpretarse en función del papel central que la nueva legislación procesal penal concede a la víctima⁶².

Podría ser posible que el concepto de víctima se amplíe, de tal manera que por víctima no se entienda solo la misma persona contra la cual en algún momento se ha cometido una conducta, o sus familiares. Podría pensarse que víctima puede ser un sujeto potencial que viva en una situación de riesgo particular. El Código Penal consagra, por ejemplo, ciertas conductas que hacen parte de lo que puede denominarse el núcleo

⁶¹ Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte general!*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Civitas, Madrid, 1999, p. 403.

⁶² Dentro de la extensa bibliografía que existe al respecto se puede destacar aquí, a manera de ejemplo, el texto publicado en Buenos Aires con aportes de Hirsch, Albin Eser, Julio Meier, entre otros, bajo el título *De los delitos y de las víctimas*, Ad Hoc, 2001. También el texto contenido en el grupo de trabajos de Roxin, recientemente traducido por Óscar Julián Guerrero y reseñado previamente, “La posición de la víctima en el sistema penal”, *loc. cit.*, p. 71 y ss.

duro de derechos humanos y que hacen parte de la implementación en el derecho interno de los denominados crímenes internacionales, como es el caso del genocidio, la tortura, el desplazamiento forzado y la desaparición forzada; también se han consagrado las infracciones al derecho internacional humanitario. En este sentido, podría pensarse que un grupo de personas, que no conforman necesariamente la *comunidad* en los términos del artículo 310, pero que están en riesgo de ser objeto de desplazamiento forzado, o que entre ellas algunas personas lo han sido ya, sean consideradas todas como víctimas en los términos del artículo 311. Es decir, el concepto de víctima no sólo se restringiría al sujeto pasivo en sí de una conducta o a un miembro de su familia⁶³.

Lo mismo podría pensarse en relación con delitos sexuales que de manera reiterada se cometan en un cierto territorio o vecindario. Sujetos especialmente vulnerables, como niños o mujeres en especial condición de inferioridad, pueden ser comprendidas en un concepto más amplio de víctima que el que maneja el artículo 311. Ello, desde luego, teniendo en cuenta todo lo dicho sobre la ambigüedad de la noción de peligro, lo cuidadoso que debe ser el juicio del juez en estos casos y sin pretender crear una tercera noción intermedia entre la noción de comunidad y la de víctima en concreto: hay que evitar todo juego de abstracciones que son las que más daño le hacen al juego procesal limpio.

VII. PRINCIPIO DE GRADUALIDAD Y HUMANIZACIÓN DEL PROCESO PENAL: LA DETENCIÓN DOMICILIARIA

A propósito de la gradualidad, debe anotarse que el Código establece formas de sustitución de medidas de aseguramiento, que pueden concebirse en el terreno de este principio. Por ejemplo, el artículo 314 consagra la posibilidad de la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario, por la detención en lugar de residencia. Aquí, el juez debe tener en cuenta una serie de circunstancias, situadas en el contexto de la humanización del derecho penal, en las cuales los fines procesales –partiendo de la base de que estos son los que legitiman las medidas– se cumplen en la detención domiciliaria. El numeral 1º es más ambiguo y genérico: “Cuando para el cumplimiento de los fines previstos para la medida de aseguramiento sea suficiente la reclusión en el lugar de residencia, aspecto que será evaluado por el juez al momento de decidir sobre su imposición”.

63 Sobre la incorporación al derecho público interno de los crímenes internacionales, fenómeno del cual debe dar cuenta hoy el juez de garantías de acuerdo con una de las causales de aplicación del principio de oportunidad, ver: Alejandro Aponte. “Informes nacionales. Colombia”, en: Kai Ambos y Ezequiel Malarino. *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Fundación Konrad-Adenauer e Instituto Max Planck para derecho penal internacional, Montevideo, 2003, pp. 201-258.

El juez, como ya vimos y lo exige el Código, debe permanecer en todo momento acucioso para revisar las circunstancias de privación de la libertad. Incluso en este aspecto es necesario trabajar tanto como en aquel relacionado con la toma inicial de la medida. Al contrario de prácticas tradicionales, a partir de las cuales se hacía evidente el descuido de los funcionarios, tanto en relación con la revisión permanente de las condiciones en las que se ejecutan las medidas cautelares, como de las circunstancias que dieron pie para que estas se adoptaran, bajo la nueva legislación se hace evidente la exigencia de revisar de manera permanente dichas circunstancias.

Como se ha dicho, los siguientes eventos que contempla el artículo 314 pueden considerarse en el contexto de la *humanización* del proceso penal. La norma consagra circunstancias que tienen que ver con la edad del imputado –cuando este tenga 65 años–. Ella autoriza también la sustitución de la detención preventiva por detención domiciliaria, de acuerdo con consideraciones especiales relacionadas con mujeres que se encuentran próximas a dar a luz; situación de enfermedad grave –lo cual hace que el juez pueda decidir si opta por que la detención se lleve a cabo en el lugar de residencia, en hospital o clínica–; o autoriza la sustitución también frente al caso de que la imputada o acusada fuese persona cabeza de familia de hijo menor de 15 años, o cuando padeciere enfermedad mental. (El Código busca ponerse a tono con el desarrollo de la jurisprudencia constitucional y establece tratos especiales que no deben entenderse como afirmación de privilegios)⁶⁴.

En relación con el principio mencionado, debe agregarse, finalmente, que uno de los fundamentos del control de garantías es lo que en la doctrina se denomina “prohibición de exceso”. Ello está relacionado tanto con el principio de gradualidad como con la fundamentación de necesidad y proporcionalidad de la medida. Significa que si el fiscal solicita a un juez de control de garantías una medida en particular, el juez puede, luego de una evaluación pertinente, desechar los argumentos del fiscal en función de dicha medida, y resolver imponer otra, siempre y cuando, desde luego, sea esta menos gravosa y favorable al principio de libertad. Se trata de un tránsito, en la inferencia del juez, de los “límites mayores”⁶⁵ a los “límites menores”, en relación con las medidas de aseguramiento.

En estos eventos, la ponderación debe ser fina, pues es claro que cuando se trata de la detención preventiva, cualquiera otra medida no restrictiva de la libertad será en principio menos gravosa. No obstante, cuando se está ante aquellas que componen el literal B) del artículo 307 del Código, la ponderación se puede hacer más compleja. Ya

⁶⁴ En todos estos casos, advierte el Código finalmente, el beneficiario deberá suscribir un acta en la cual se compromete a permanecer en el lugar o lugares indicados.

vimos, por ejemplo, que para la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos la prohibición de salir del país es una medida extrema y merece mayor justificación; en igual sentido, se puede hacer referencia a la prohibición impuesta a una persona de salir de un ámbito territorial determinado. La prevalencia del principio de libertad no solo se relaciona con el hecho de ponderar las consecuencias que trae consigo la privación de la libertad en sitio de reclusión, sino también con el hecho de ponderar las consecuencias que para una persona trae la limitación de su ejercicio laboral y, por lo tanto, la incidencia directa de ello sobre su sustento personal y familiar.

A) LA DETENCIÓN PREVENTIVA EN RESIDENCIA DEL IMPUTADO: UNA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO AUTÓNOMA

En relación con la detención domiciliaria, debe decirse que ella constituye una medida de aseguramiento de carácter autónomo. Está inspirada –más allá de que esta se haya utilizado con cierta larguezza y haya dado la impresión de mucha benevolencia con delincuentes de “cuello blanco”– en el carácter humanista del nuevo Código de Procedimiento Penal.

El hecho de que existan causales contenidas en el nuevo Código, en el artículo 314 en función de la sustitución de la detención preventiva por la domiciliaria, ello no significa que esta no sea una medida autónoma. Si se dan los presupuestos del artículo 308 y se aplica el juicio de proporcionalidad, el juez puede decretarla sin evaluar las condiciones del artículo 314. Estas deben evaluarse en función de la sustitución, pero una vez se haya decretado previamente la detención preventiva.

Es importante destacar que las causales contenidas en el artículo mencionado pueden ser tenidas en cuenta, así sea de manera implícita, como telón de fondo en la argumentación del juez, cuando se vaya a decretar la detención domiciliaria. Es decir, si una persona está enferma, por ejemplo, o una mujer se encuentra próxima a dar a luz, estas circunstancias pueden y deben tenerse en cuenta para decretar la detención domiciliaria como autónoma. Por decirlo de alguna manera, las causales del 314 sirven de referencia general al juez frente a la aplicación de la medida; constituyen el sustento general para la argumentación del juez en el caso específico.

VIII. EL PROCESO CONTRADICTORIO: AMPLIACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA

Lo dicho anteriormente en relación con la revisión de las medidas, con la fundamentación en la toma de ellas, y lo previsto en el artículo 318 sobre solicitud de

revocatoria de dichas medidas, en virtud del cual se permite a cualquiera de las partes pedir revocatoria de la medida o sustitución de la misma, “presentando los elementos materiales probatorios o la información legalmente obtenidos que permitan inferir razonablemente que han desaparecido los requisitos del artículo 308”, nos lleva a un aspecto interesante que se coloca en la médula del nuevo sistema.

De acuerdo con el nuevo Código, pueden ser varias las oportunidades para solicitar la medida de aseguramiento. Conforme a la estructura de este modelo especial de *justicia rogada*, una oportunidad más razonable sería la que establece el artículo 287, relacionado con las situaciones que determinan la formulación de la imputación. El Código, luego de establecer en el artículo 286 qué significa “formulación de imputación”, agrega que el fiscal puede hacer la imputación fáctica cuando “de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga”. Enseguida, la norma aclara: “De ser procedente, en los términos de este código, el fiscal podrá solicitar ante el juez de control de garantías la imposición de la medida de aseguramiento que corresponda”.

Esta es, entonces, una ocasión fundamental para solicitarla. No obstante, puede ser que no sea procedente la solicitud de la medida en ese momento, porque no se cumplen los requisitos previstos por el Código. En este caso, ella se puede solicitar en audiencia preliminar. Este tipo de audiencias ha sido previsto, de acuerdo con el artículo 153, para aquellos casos en los cuales ciertas actuaciones, peticiones y decisiones que no se han adelantado, resuelto o decidido en la denominada audiencia de formulación de acusación, preparatorio o del juicio oral, lo puedan ser en aquellas. Luego, el artículo 154 reseña las diversas modalidades de audiencia preliminar. Una de ellas, la planteada en el numeral 4º, se refiere a aquella que resuelve la petición de medida de aseguramiento.

Por su parte, el artículo 306 establece que el “fiscal solicitará al juez de control de garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente”. La norma agrega: “Escuchados los argumentos del fiscal, ministerio público y defensa, el juez emitirá su decisión”. El precepto finaliza subrayando la importancia de la defensa: “La presencia del defensor constituye requisito de validez de la respectiva audiencia”.

Surgen entonces las siguientes preguntas: ¿Qué papel juega la defensa en esta audiencia? ¿Qué papel juega, frente al juicio final de inferencia fundado razonablemente, que se le exige legalmente al juez? ¿Se limita la defensa tan solo a

desvirtuar, argumentativamente? ¿O tiene ella la posibilidad de contrarargumentar solicitando y aportando material probatorio? ¿Qué alcance tiene la noción de “controversia pertinente?”⁶⁵

Para responder, es necesario aclarar que la denominada justicia rogada no se caracteriza tan solo por la petición que hace el fiscal al juez para que este tome una determinada decisión, ni mucho menos se caracteriza por la toma de decisión automática sin examen riguroso por parte del funcionario judicial. Corresponde, al contrario, a su naturaleza, el hecho de que la defensa y el ente acusador se colocan en plano de igualdad frente a la discusión argumentativa y probatoria sobre los requisitos y fundamentos para adoptar la medida cautelar. La esencia del principio de contradicción es el debate reglado donde el papel de la defensa no es pasivo, sino en igualdad de condiciones: si la decisión final se basa en aspectos de amplia discusión como “motivos graves y fundados”, como la peligrosidad de una persona, como su comportamiento y buena voluntad, etc., es elemental concluir que este debate pasa por el acopio y presentación del material probatorio, no solo por parte del fiscal, sino por parte de la defensa. Además, como se ha advertido, el juez debe revisar permanentemente los motivos y circunstancias que lo llevaron a adoptar la medida, y las partes pueden pedir que esta se sustituya o revoque. Por lo tanto, esto refuerza la idea planteada acerca de las posibilidades abiertas para la defensa en torno a los requisitos y fundamentos de la medida.

Es importante destacar que algunos fiscales prohíjan la interpretación aquí asumida. El ente acusador la fundamenta en lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 288 del Código. Este, haciendo relación al contenido de la formulación de imputación, aclara que la “relación clara y sucinta de los hechos” no implica el descubrimiento de los elementos materiales probatorios o de la información o evidencia física. No obstante, la norma agrega, en la segunda parte de este numeral, que ello es conducente, “sin perjuicio de lo requerido para solicitar la medida de aseguramiento”. De esta forma, se entiende que en relación con el material probatorio, la evidencia

⁶⁵ Es importante reseñar aquí el texto de Claus Roxin sobre el papel de la defensa en el proceso penal. Si el tema que nos ocupa, tal como se ha visto, se coloca en el marco de la tensión entre aseguramiento procesal del imputado en función del desarrollo del proceso y respeto de la presunción de inocencia, es claro entender que el “defensor es el garante jurídico-constitucional de la presunción de inocencia del culpado”. (Claus Roxin. “Presente y futuro de la defensa en el proceso penal del Estado de derecho”, en: Roxin. *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*, loc. cit., p. 41.

física y la información relacionada concretamente con la medida, si hay debate y si hay contradictorio con el acopio de pruebas⁶⁶.

Puede agregarse, finalmente, que el artículo 320 establece que el juez que profiera, modifique o revoque una medida de aseguramiento deberá informarlo a la Fiscalía General de la Nación y al DAS, a más tardar dentro de los cinco días siguientes a la decisión. Además –lo cual guarda relación con la necesidad de sistematizar hoy todas las actuaciones y con la necesaria individualización de las personas en el proceso penal– la norma concluye que “tales datos serán registrados y almacenados en el sistema de información que para el efecto llevará la Fiscalía General de la Nación”.

IX. REGULACIÓN ESTRICTA DE LA POSIBILIDAD DE LA REVOCATORIA DE LA MEDIDA Y DINÁMICA VIVA DEL DERECHO

La redacción tan estricta de la norma citada para introducir el acápite anterior, el artículo 318 del nuevo Código de Procedimiento, al referirse ella a la petición de revocatoria por una “sola vez”, puede explicarse por el fin de evitar la temeridad que en tantas ocasiones ha acompañado la administración de justicia en nuestro país, es decir, para evitar el hecho de que una y otra vez se solicite la revocatoria de una medida y sin fundamento alguno.

Al discutir este tema con diversos funcionarios judiciales, algunos de ellos han llegado a la siguiente conclusión: tanto en este como en otros casos de temeridad, deben sancionarse aquellos abogados que irresponsablemente lo hagan, pero no se debe sancionar necesariamente al afectado y restringir sus posibilidades de defensa. ¿Qué ocurre si una vez solicitada la revocatoria de una medida de aseguramiento cambian efectivamente las condiciones en que esta fue decretada por el juez? ¿Significa ello que en este momento no existe ninguna opción de solicitar una revocatoria?

Es interesante que en un caso fallado un juez, siguiendo lineamientos adoptados por varios de ellos, al constatar los cambios evidentes en las condiciones con base en las cuales se decretó una medida severa, y en razón a que ya se había solicitado por una vez la revocatoria, aplicó la excepción de inconstitucionalidad, no de la norma en

⁶⁶ Se trata de una posición de la Fiscalía inicialmente sostenida en los diversos ejercicios de simulación que se adelantaron en los meses de octubre y noviembre de 2004, a instancia del *Consejo Superior de la Judicatura y de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla*, y confirmada por algunos de sus funcionarios en diversos ejercicios posteriores, como es el caso del *Conversatorio interinstitucional del sistema acusatorio*. Ver, a propósito, el documento ya citado sobre medidas de aseguramiento en la página web del Consejo Superior de la Judicatura.

general, sino de esta expresión específica, por “una sola vez”, y concedió la revocatoria. Interesa aquí reseñar que existe movilidad en el derecho; este es un universo vivo y el control difuso de constitucionalidad es un mecanismo tradicional y muy inserto en la tradición jurídica de Colombia, más allá de que se aplique muy tímidamente. No se trata aquí, desde luego, de cuestionar per se la constitucionalidad de algunas normas jurídicas, el texto se ha concentrado en constatar algunas dificultades interpretativas y en proponer soluciones posibles a dilemas múltiples planteados por diversas normas; lo que se hace es constatar problemas de interpretación y reseñar las diversas opciones que han adoptado los jueces. Los módulos también son redactados teniendo en cuenta que se trata de una dinámica incesante y que en el segundo semestre de 2005 comenzarán a producirse las decisiones de la Corte Constitucional que cambiarán, en muchos aspectos, fórmulas de interpretación normativa adelantadas por la comunidad jurídica y aplicadas hasta ahora por los jueces.

Caso 9. “Madre cabeza de familia”

Juez 33 Penal Municipal con funciones de control de garantías.

11 de mayo de 2005.

Radicado No. 11001600001920050122900_110014488033_0

Hechos del caso

El día 11 de mayo se solicita, por parte del defensor, se lleve a cabo una audiencia preliminar con objeto de ser revocada una medida de aseguramiento de detención preventiva, por una medida de detención domiciliaria.

El defensor aporta una declaración tomada en la cárcel en la cual la persona afirma que ella es madre de 6 hijos, entre ellos varios menores.

El defensor argumenta que los niños se encuentran en poder de la abuela, que es una anciana y que corren peligro por permanecer desprotegidos. Aduce la conductancia del numeral 5º del artículo 314, que permite la sustitución de la medida y adelanta ante el juez argumentos relacionados con la humanización del derecho penal. Se trata –la madre– de una persona que alquila un vehículo de acarreos y que trabaja en modistería.

El problema central que se presenta en este caso es que el día 22 de abril se llevó a cabo una audiencia preliminar en la cual ya se había adelantado la misma solicitud y esta fue negada. En ese caso, operaría la prohibición que el artículo 318 del Código trae, el cual hace relación a que dicha solicitud de revocatoria solo es posible hacerla por una sola vez.

En la diligencia de abril, el juez de control de garantías había negado la petición argumentando que el defensor no había llevado consigo una declaración y tan solo había constatado el hecho de que la persona estaba sola y de que era madre cabeza de familia.

El juez, en primer lugar, cuestiona esta decisión, ya que a su juicio basta para el derecho penal que se constate una situación de hecho innegable, y que no puede ser una persona perjudicada en su libertad en razón de un extremo formalismo. Hace consideraciones de carácter constitucional –a ello se hará referencia posteriormente– y toma una decisión concebida por él en el marco de la “justicia material”.

El juez declara la excepción de inconstitucionalidad para el caso concreto exclusivamente, y no en relación con el artículo 318 de manera general, sino específicamente en relación con la previsión de que la revocatoria se solicite por una “sola vez”. En consecuencia, el juez sustituye la detención preventiva, por la detención domiciliaria.

X. ALCANCES Y LÍMITES DE LA “IMPUTACIÓN FÁCTICA”

La primera parte del artículo 287 reseñado del Código merece una atención especial. Esta norma, acusada por algunos doctrinantes como confusa y muy mal redactada, ocasiona situaciones muy complejas y problemáticas⁶⁷. Se trata de los límites y el alcance de la noción de imputación fáctica que introduce la norma, tratándose de la formulación de la imputación y, además, si es procedente, tratándose de la solicitud eventual de la medida de aseguramiento. La noción de imputación fáctica se hace más problemática, cuando se subraya la inferencia razonable que el imputado pueda ser autor o participe del delito que se investiga.

Las voces más ortodoxas en relación con la norma enfatizan el hecho de que la imputación del fiscal deberá ser meramente fáctica y que, por lo tanto, deberá estar desprovista de consideraciones jurídicas; como consecuencia de ello, el papel del juez será estrictamente pasivo, y él sólo debe obrar en la práctica como “instrumento” a través del cual se formaliza la imputación al imputado. Se subraya que el juez no puede introducir criterios de valoración jurídica, ya que ello significaría una intromisión

⁶⁷ Desde el primer trabajo publicado a instancia de la Escuela Judicial y del Consejo Superior, en el libro de “Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal”, tanto Óscar Julián Guerrero como Gerardo Barbosa se ocupan de esta norma. El primero sostiene una visión muy crítica, desde el punto de vista del derecho internacional y de los límites constitucionales, a imputaciones con consecuencias sobre los derechos y las garantías. Ver, al respecto, el acápite de su trabajo, denominado “Funciones de control relativas a la impulsión de la fase de investigación”, pp. 177-232.

en la función de investigación de la fiscalía. Hoy, en desarrollo del primer año de implementación del sistema, surge un consenso en relación con el hecho de que imputación no es meramente fáctica y que ella es también jurídica⁶⁸.

A pesar del consenso generado, y en razón a las dificultades que en la práctica han surgido frente a la noción de imputación fáctica, es necesario ahondar en la noción general de imputación. Hay un esfuerzo conceptual que es necesario adelantar. Así, para pensar en los desafíos que genera la norma y para revisar esta posición ortodoxa, es importante detenerse en el sentido mismo de la noción de imputación. En la Teoría Pura del Derecho existe la formulación clásica de ella. Como se sabe, para Kelsen, Imputación (*die Zurechnung*) “es el término que designa una relación normativa”⁶⁹.

Este es el punto de partida para la comprensión de la noción de imputación; es, además, el punto de partida para establecer una diferencia central para poder pensar el mundo del derecho: en el “ser”, es decir, en la naturaleza, existe causalidad; en cambio, en el universo del “deber” o del “deber ser”, como se ha entendido este concepto en países de tradición latina, no existe causalidad, existe *imputación*. Esta constituye, como se ha dicho, un principio de conexión, un “enlace”, subraya Kelsen. Imputar es “atribuir”. En el caso del derecho penal, de manera general, “la imputación, que recibe expresión en el concepto de imputabilidad no es, como supone la teoría tradicional, el enlace de una determinada conducta con el hombre que la lleva a cabo; para ello no se requiere establecer la relación mediante una norma jurídica, puesto que no cabe escindir la conducta del hombre que la realiza (...). La imputación que recibe expresión en el concepto de imputabilidad es el enlace de determinada conducta, a saber, un delito, con su consecuencia punitiva”⁷⁰. Finalmente, agrega Kelsen: “De ahí que pueda decirse que la consecuencia de lo ilícito es imputada (atribuida) a lo ilícito, pero no que esa consecuencia sea efecto de lo ilícito, como su causa”⁷¹.

Así, entonces, se repite la conclusión: en la naturaleza existe causalidad; en el derecho, imputación. Todo ejercicio de imputación presupone, por principio, entonces, que se está en el mundo, construido por el hombre, del orden jurídico.

⁶⁸ Ver, a propósito el texto producido por el *Conversatorio interinstitucional sobre el sistema penal acusatorio*, sobre el tema de la imputación: *Alcances y límites de la imputación en el nuevo esquema procesal penal*. Texto del 7 de abril de 2005. En: www.ramajudicial.gov.co/sistema-penal-acusatorio/

⁶⁹ Hans Kelsen. *Teoría Pura del Derecho*. Se trabaja aquí la edición de Porrúa, México, de 2003, con traducción de la segunda edición corregida y reelaborada por Kelsen del año 60. P. 194.

⁷⁰ Ibídem, p. 96.

⁷¹ Ibídem, p. 96.

Este se haya compuesto de normas. Las normas son, para Kelsen, “esquemas de explicitación conceptual”, son mecanismos que dan sentido particular y específico a las acciones humanas o a los acontecimientos externos. Las acciones que tienen lugar en la naturaleza, en el mundo del derecho, no tienen significado jurídico (este es el punto de partida para entender el enunciado del artículo 287). Una acción humana en sí, por ejemplo, la lesión de una persona a otra, no tiene como tal un sentido jurídico; “lo que hace de ese acontecimiento un acto conforme a derecho (o contrario a derecho) no reside en su facticidad, en su ser natural —es decir: en su ser determinado por leyes causales, encerrado en el sistema de la naturaleza—, sino el sentido objetivo ligado al mismo, la significación con que cuenta”⁷². Y dicha significación la da la norma como un esquema general de sentido de los actos en el mundo particular del derecho. Y el principio de conexión, el enlace, el mecanismo genérico para “elevar” —si se permite la expresión —un acto del ser, del mundo de lo social, al mundo del derecho, y de generar en él las consecuencias previstas por el orden jurídico, es la *imputación*.

En el mundo del ser no existe entonces delito; esta es una construcción normativa. Por eso existe una teoría general del delito. Este es, en la tradición del mismo Kelsen, el magnífico descubrimiento del derecho penal liberal clásico, en la formulación de Carrara. “El delito no es un ente de hecho, sino un ente jurídico (...). El delito es un ente jurídico, porque su esencia consiste indeclinablemente en la violación de un derecho”⁷³. El delito es, entonces, una construcción normativa; y, con él, nociones como autoría, participación. Estas no existen en el mundo fáctico. Se entiende, desde la ortodoxia y buscando cierta pureza en el esquema procesal, que la norma estudiada pretende desligar la imputación de toda referencia normativa y evitar la intervención del juez con criterios jurídicos que puedan desestructurar el ejercicio constitucional de la función de investigar. Pero esto no es posible. No solo por los conceptos, normativos estrictamente, de autoría y participación que deben tenerse en cuenta a propósito de una inferencia razonable, sino por aquellos que se derivan casi automáticamente de la formulación de la imputación. Si se quiso establecer simplemente que el fiscal indica al imputado un hecho empírico o una serie de hechos fácticos, entonces la referencia de la norma a la noción de imputación es incorrecta.

El juez no será, entonces, frente a imputaciones que entrañan esquemas de sentido con consecuencias jurídicas —por demás, frente a los derechos y garantías, a

72 Ibidem, p. 17.

73 Francesco Carrara. *Programma del corso di diritto criminale*. Parte generale, Vol. I, Lucca, 1889, pp. 27-28.

pesar de no discutirse aún la responsabilidad— un mero instrumento a través del cual se va a formular una imputación al imputado. Su control del sentido de la inferencia razonable que hace el fiscal de la posible autoría y participación —y demás constructos dogmáticos— hace que su ejercicio sea necesariamente activo. Un hecho surge, además, como fundamental: si una de las consecuencias de la formulación de la imputación es el posible allanamiento del imputado a aquello que se le imputa, como no se trata de un ejercicio de simulación, sino de la realidad jurídica y trae consecuencias jurídicas concretas, no es posible entender que un imputado se allane a cargos meramente fácticos. Lo fáctico, en este aspecto, tendrá siempre relevancia jurídica.

En este sentido, la relevancia jurídica también debe pensarse en función de la preservación de los lineamientos generales de la teoría del delito. Tanto en el tema de la imputación, como en tema de los preacuerdos y negociaciones, se pone de manifiesto la necesidad de preservar las categorías que componen la teoría del delito; muy especialmente, la tipicidad.

Una argumentación meramente fáctica, la llamada de modo clásico *imputatio naturalis*, aquella basada en supuestos estrictamente naturales-empíricos, trae como consecuencia real la negación de la tipicidad; con ella, desde luego, la negación del principio de legalidad. Este no es, empero, un problema que surge tan solo frente a la nueva normativa en el caso colombiano; también lo enfrentan otros esfuerzos que hoy se adelantan, de adecuación de normativas a exigencias internacionales complejas. Por ejemplo, en la construcción de una parte general para un derecho penal internacional. Allí también aparecen los dilemas relacionados con el tipo de imputación cuando se trate de los nuevos delitos concebidos como crímenes internacionales y la preservación de la legalidad. Esta tensión sigue siendo una cuestión central en el derecho penal⁷⁴.

El detalle con que se ha abordado este tema y la referencia a Kelsen se hace con el propósito de desentrañar aspectos generales relacionados con el nuevo proceso; no se agota en el análisis del primer enunciado del artículo 287. Hace relación al carácter mismo de las decisiones que, en general, tomen los jueces de garantías y todos los actores del proceso. El juez debe actuar conforme a las normas jurídicas, que no solo son esquemas o instrumentos de sentido, sino que condicionan las consecuencias de las acciones humanas en el mundo particular del derecho. Si se cumplen las condiciones establecidas por el orden jurídico, para que un juez de control de garantías tome por

74 En esta dirección, el extenso y detallado trabajo de Kai Ambos, titulado: *Parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*. Fundación Konrad Adenauer. Temis, Montevideo, 2005. P. 143 y ss.

ejemplo una decisión que otorga la libertad a una persona, o para que sustituya una medida de aseguramiento por otra menos gravosa, debe hacerlo, porque esa es su tarea: es el sentido último de la legalidad –entendida en su versión más compleja como bloque de constitucionalidad– a la cual debe sujetarse el operador de justicia.

Casos

Caso 1. “La zorra en Bogotá”

En este caso, destacado aquí por la bien lograda organización argumentativa y lógica con que se desarrolló por parte del juez, se destaca de manera particular el interés, la insistencia del juez en la aclaración al indiciado de las consecuencias, tanto de la imputación como en relación con ella, del allanamiento a los cargos.

El juez, en primer lugar, destaca los tres requisitos que deben tenerse en cuenta frente a la imputación y en relación con el artículo 288 del C. P. P. Son ellos:

1. Individualización de la persona.
2. Relación concreta y fáctica de los hechos.
3. Posibilidad del imputado de allanarse a los cargos imputados.

El juez encuentra en el caso, y de conformidad con la exposición del fiscal, que se han cumplido los requisitos previstos en la norma. Enseguida, el juez le hace saber al sindicado que desde ese momento ha adquirido la condición de imputado y le hace saber los derechos que le corresponden en su nueva condición. Se subraya, sobre todo, el derecho a la no autoincriminación y el derecho a permanecer en silencio. Luego, el juez le hace referencia al derecho que le asiste de poder obtener una rebaja de pena equivalente hasta la mitad de la sanción prevista para el delito.

Luego le pregunta al imputado si se allana directamente, o si quiere hablar con el abogado.

El imputado se allana.

Aquí se inicia una secuencia argumentativa que se debe destacar de manera especial.

El juez le insiste al defensor que le manifieste de nuevo al imputado las consecuencias del procedimiento. En todo momento busca constatar la comprensión de la persona sobre la situación en que se encuentra. Luego, el juez le pregunta directamente al imputado, no solo si comprende las circunstancias, sino si su manifestación es libre y con expresión libre del consentimiento.

Lo complejo del caso, y el autor de este Módulo lo ha advertido en numerosas audiencias a las cuales ha asistido, es observar que una vez el imputado dice entender la situación, cuando se le pregunta por las consecuencias concretas manifiesta no entender nada o, simplemente, evidencia el mayor desconcierto con gestos notorios.

En el caso reseñado, una vez ha ocurrido este desconcierto, de nuevo el juez, con signos de angustia, vuelve y le pide al defensor que le aclare al imputado de qué se trata todo el asunto; este se toma un tiempo y finalmente el juez da por concluido el evento.

No es necesario adentrarse en especulaciones muy complejas sobre la noción de selectividad del sistema penal, por ejemplo, desarrollada por la criminología, para constatar siempre la extrema selectividad del sistema penal nuestro que recoge un gran número de personas no solo humildes, sino con escasa formación cultural y social. Estas personas se enfrentan a un proceso y, con él, a un andamiaje de conceptos inextricables, a una andanada de palabras incomprensibles, con consecuencias sumamente graves. Los mecanismos de negociación establecidos en el Código, los acuerdos y preacuerdos, deben tener en cuenta de manera esencial este problema. También, desde luego, en el caso de la imputación, tanto más cuando está de por medio el allanamiento a los cargos: la misma palabra suscita perplejidad a cualquier persona del común.

En este escrito se han reseñado casos significativos por su talante pedagógico. Este, sobre todo, debe adelantarse de cara al sindicado: no para elaborar recetarios morales, sino para hacerle entender los conceptos, para traducirle a un lenguaje comprensible el entramado lingüístico que comportan las figuras dogmático-procesales. No se debe olvidar nunca que se trata de destinos individuales concretos, que no pueden verse abstraídos en conceptos y palabras; a veces se tiene la sensación en ciertas audiencias, de asistir a discusiones interminables llenas de palabras indescifrables sobre todo para aquel que padecerá en últimas el resultado de una discusión tan ajena. Tener en cuenta esto revela el verdadero humanismo del juez penal.

Caso 2. “San Alejo”

En esta dirección se coloca también la decisión adoptada por el juez en este caso. El juez legaliza la captura de la persona que estaba vendiendo municiones prohibidas y, luego, en el evento de la imputación, hace una pausa para indagar al imputado y para insistirle, una y otra vez, si ha comprendido qué es allanarse a una imputación y si reconoce las consecuencias.

Esta labor del juez debe entenderse, además, en función del interés que este mostró siempre por preguntar cosas concretas al imputado: qué hace, dónde vive,

qué responsabilidades familiares tiene, etc. No se trata de reconstruir fácticamente hechos relevantes; se trata también, sin que el juez entre a adelantar juicios de responsabilidad penal, de adentrarse en las circunstancias humanas y sociales de la persona que tiene al frente.

Con mucho acierto, y de ello dan cuenta numerosas audiencias, los jueces se han impuesto la tarea y la autodisciplina de hacer entender a los imputados las consecuencias de esta figura y, especialmente, del allanamiento a los cargos.

Caso 3. “Droga en la cárcel”

Este caso es particularmente interesante, ya que en él el juez asume con rigor las exigencias que plantea la figura de la imputación. Para el despacho, luego de hacer claridad en que se trata de una figura ampliamente discutida, de “una imputación de carácter fáctico, pero rodeada de hechos relevantes jurídicamente”. En este caso, el fiscal ha hecho una descripción muy amplia, no solo de los elementos fácticos que componen el caso, sino que ha hecho relación detallada a la conducta que posiblemente se cometió, y a circunstancias de agravación. (Al hecho de cometerse un delito, estando las personas ya recluidas por la comisión de otras conductas anteriores).

Por esa razón, luego de la intervención del fiscal, el juez aclara el hecho de la constitución de elementos jurídicos relevantes para la imputación.

También en este caso el juez indaga a los indiciados, ahora imputados, sobre su comprensión de las figuras y las consecuencias. Se presentó, además, un hecho interesante: uno de los imputados requiere al juez y le confiesa que no conoce la nueva modalidad del procedimiento —se trata de una persona que está, de hecho, recluida en la cárcel y que se ha movido en los laberintos del derecho penal— y el juez, con paciencia y seriedad, le responde la pregunta y le resuelve sus dudas.

Es también importante, y se nota en numerosas audiencias, rescatar la altura con la que en este caso se llevó adelante la confrontación y, muy especialmente, cuando el juez interroga a los imputados: el juez agradece, literalmente, su respuesta y su trato frente a ellos es el trato propio de ciudadanos. No huelga resaltar este hecho: en tiempos del derecho penal de enemigo y cuyos sujetos son precisamente, en buena medida, aquellos sindicados ligados a dinámicas de narcotráfico, en los cuales la calidad de ciudadano es negada en la práctica, esta dialéctica ilustrada adelantada por jueces de la República rescata para el derecho la dimensión discursiva base de un ejercicio democrático de la función de administrar justicia. En este sentido, la función pedagógica del juez de control de garantías adquiere una connotación de importancia particular.

GUÍA DE TRABAJO DEL CAPÍTULO NO. 3

Las medidas de aseguramiento en el nuevo régimen procesal penal

Tres principios básicos deben acompañar la tarea del discente:

1. La regulación de las medidas de aseguramiento está condicionada por el principio de prevalencia de la libertad y de su restricción excepcional.
2. Las medidas de aseguramiento están reguladas por el principio de gradualidad en la escogencia de una o algunas de ellas por parte del juez.
3. Las medidas de aseguramiento, especialmente aquellas que afectan la libertad, no obedecen a los fines de la pena. La detención preventiva no es una pena, es una figura eminentemente procesal y se legitima por el principio de comparecencia al proceso.

Actividades

Caso 1. “El robo a la empresa”

Hechos del caso

El día 23 de enero de 2005, en las horas de la tarde, varios individuos robaron una empresa con vigilancia de 24 horas. Las personas indiciadas inmovilizaron al vigilante, le dieron Valium, lo dejaron inconsciente y procedieron al hurto.

En este caso, la jueza adelanta un análisis detallado sobre todas las normas que regulan la materia y estima que la fiscalía no ha argumentado, ni fundamentado, la solicitud de la medida, y que tan solo ha hecho una narración meramente fáctica y una suposición de que por el hecho, las personas son un peligro para la sociedad. La posible obstrucción de la administración de justicia es un hecho alegado por la Fiscalía, luego de adelantar cuestionamientos sobre la peligrosidad de las personas. Es decir, no fue el centro de la argumentación.

La jueza constata que los imputados están presentes, que no han ocultado pruebas y que, por lo tanto, no se da un “hecho material de continuación de actividades delictivas” como ella misma lo dice o de posible obstrucción de la justicia. Por esa razón, la jueza no decreta la medida. El fundamento de la decisión fue el principio de comparecencia, la puesta a disposición de las personas, por sí mismas, a los requerimientos de la investigación.

Aspectos relacionados de manera fundamental con el caso

At

1. ¿Lo primero que se debe evaluar en un caso es el tipo de acción cometida, o ello debe evaluarse de manera armónica con las posibilidades reales de comparecencia de un sindicado al proceso?
2. ¿Cómo evalúa un juez los requisitos contenidos en el artículo 308?
3. ¿Los requisitos se evalúan uno a uno, y de acuerdo con el orden establecido en el Código, siguiendo la secuencia normativa?
4. ¿Es el principio de comparecencia, en la práctica, el principio que determina la adopción de una medida de aseguramiento?

Caso 2. “San Alejo”

Hechos del caso

Una persona, el día 9 de enero de 2005, en el sector céntrico de Bogotá denominado “San Alejo”, y en el cual funciona los fines de semana un “mercado de las pulgas”, fue encontrada en posesión de 10 cartuchos de municiones de uso privativo de las fuerzas armadas. Se trató de material prohibido, el cual sería vendido por la persona. Esta fue capturada y, al día siguiente, se efectuó la audiencia preliminar ante el juez de control de garantías, en la cual se adelantaron los eventos de control de captura, imputación y posible imposición de medida de aseguramiento.

Toda la argumentación del juez, particularmente en relación con la solicitud de la medida de aseguramiento, fue articulada y motivada con base en la prevalencia del principio de libertad.

En desarrollo de este caso, el juez encontró que “es evidente que el delito es de competencia de los jueces especializados”. Ese hecho constituye “un ítem que permite la medida y es un delito penalizado con un mínimo de cuatro años”. No obstante, advierte el juez y citando el acto legislativo que reformó la Carta Política, que la detención preventiva no es “automática”. Es decir, no basta que, una vez se cumplan los requisitos legales, de manera automática se pueda proceder a dictar la medida de aseguramiento.

El juez adelanta una discusión sobre la problemática, desde el punto de vista constitucional, inherente a la noción de peligro y la exigencia que existe de adelantar respecto de ella una interpretación restrictiva. Es interesante reseñar que la argumentación del juez está basada en la reforma introducida por el acto legislativo reformatorio de la Carta. Para el juez, el hecho de que la persona se encuentre en

libertad no significa que inmediatamente ella pueda constituir un peligro para la sociedad; según el funcionario, en el caso concreto, se trata de una persona que “tiene una responsabilidad, un trabajo y se acaba de allanar a los cargos”. En función del principio de comparecencia, el juez rechaza la solicitud de la medida, al encontrar que con una medida diferente se logra el respeto a dicho principio.

Aspectos que se deben tener en cuenta en función del caso

Hay dos posibles soluciones a este caso complejo. Una, la adoptada por el juez, a través de la cual no se ordena la medida solicitada y se sustituye por otra; y la otra solución, ordenar la medida solicitada.

Los discentes deben trabajar las dos opciones.

En cualquiera de los casos, se deben tener en cuenta los siguientes aspectos:

At

1. ¿Cuáles son los alcances de la noción de peligro, de acuerdo con el artículo 310?
2. ¿Qué tipo de argumentación se exige del fiscal en función del peligro?
3. ¿Es suficiente una argumentación puramente fáctica basada en los hechos cometidos y en su gravedad?
4. ¿La gravedad de un hecho tiene un valor suficiente para la imposición de una medida de aseguramiento?

AUTOEVALUACIÓN DEL CAPÍTULO NO. 3

Ca

El discente deberá enfrentar las siguientes preguntas:

1. ¿Cómo aborda usted la tensión entre principio de comparecencia y principio de inocencia?
2. ¿Cómo asume, en general, la tensión entre el principio de inocencia y las medidas de aseguramiento?
3. ¿Qué concepto general tiene usted de las medidas de aseguramiento? ¿Constituyen ellas fórmulas procesales, o deben tener otros fines de manera que obren en la práctica como instrumentos efectivos de lucha contra la delincuencia?
4. ¿De qué modo asume usted, como juez la noción de peligro contenida en el artículo 310 del Código?
5. ¿Cómo aborda usted el concepto de gravedad de un hecho y qué consecuencias le atribuye a ese hecho, en relación con las medidas de aseguramiento?

UNIDAD 4

MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD



- Orientar al juez en el manejo de una metodología consistente de interpretación jurídica que le pueda brindar más coherencia a la argumentación de su juicio.



- Desarrollar una metodología más consistente y conforme a los desarrollos del nuevo constitucionalismo aplicado al derecho procesal penal.
- Brindar herramientas más sofisticadas para el ejercicio de fundamentación de la decisión final, tan importante en el nuevo contexto procesal.
- Ahondar en la conceptualización y en el manejo del principio de gradualidad de las medidas, con el propósito de que los jueces desarrollen modelos más consistentes para decretar la medida más pertinente.

I. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: APLICACIÓN PRÁCTICA

Se trata de una herramienta de uso fundamental para el juez, sobre todo, cuando este es un juez constitucional. Una vez se ha desarrollado lo más atinente en relación con la captura y las medidas de aseguramiento, se entrará a decantar el principio enunciado. Luego, se procederá al estudio de las otras medidas de aseguramiento no restrictivas de la libertad y aspectos finales esenciales relacionados con la regulación de la libertad en el nuevo estatuto procesal.

El principio de proporcionalidad es un principio fundamental. Hace parte de los principios generales que deben acompañar el juicio del juez de control de garantías. Estos, que pueden concebirse, además, como principios que limitan el desarrollo y los efectos de la investigación penal, junto con el de proporcionalidad,

son: el principio de inocencia, el principio *nemo tenetur se ipsum accusare* y el principio de celeridad⁷⁵.

En el derecho procesal comparado existe consenso en que los procesos penales fundados en el principio acusatorio están caracterizados por una ilimitada extensión de los medios de prueba, siempre y cuando dichos medios respeten los derechos y las garantías. Se trata del denominado principio de libre configuración de la instrucción. Por otra parte, los límites impuestos a los medios probatorios constituyen la vinculación de la investigación y sus efectos, a la garantía de los derechos fundamentales de la persona investigada.

En desarrollo del principio de proporcionalidad, el juez de control de garantías obra como auténtico juez constitucional. Ello, no solo por la labor de control en sí, que con base en este principio adelanta el juez en los distintos eventos, sino por la complejidad que alcanza su juicio basado en la metodología que subyace a dicho principio. En este sentido, y atendiendo el punto de partida de nuestro escrito, la aplicación del principio de proporcionalidad es puro derecho procesal penal constitucional.

En el derecho procesal penal comparado y en la jurisprudencia internacional se ha desarrollado el principio de proporcionalidad y él ha guiado el juicio del juez en eventos especialmente problemáticos, como es el caso de las medidas de aseguramiento y de las medidas cautelares en general, o el de las intervenciones corporales o en las medidas que afectan el derecho a la intimidad o a la esfera de la personalidad. La aplicación de dicho principio exige la dogmática de ponderación como método de interpretación judicial general⁷⁶. (La Corte Constitucional de Colombia ha desarrollado ampliamente este método y sus decisiones más significativas deben servir de base para el trabajo del juez de control de garantías).

En el presente Módulo se hará énfasis en la aplicación procesal del principio y especialmente en su aplicación específica para el caso de las medidas de aseguramiento; no obstante, el principio de proporcionalidad debe ser comprendido como una

⁷⁵ Sobre el manejo práctico que el juez de control de garantías puede adelantar en relación con estos principios, ver: Alejandro Aponte. *Manual para el Juez de Control de Garantías en el Sistema Penal Acusatorio*, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, Bogotá, diciembre de 2004, p. 23 y ss.

⁷⁶ Una concepción básica y sencilla del método de la ponderación es la de Alexy: “el mandato de ponderación se sigue de la relativización con respecto a las posibilidades jurídicas. Si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio opuesto, entonces la posibilidad jurídica de la realización de la norma del derecho fundamental depende del principio opuesto. Para llegar a una decisión, es necesaria una ponderación”. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p.112.

metodología de interpretación jurídico-constitucional del conjunto de normas que hacen parte del derecho penal material. Es decir, es un criterio para establecer el marco constitucional de la legislación penal en conjunto. Por esa razón sirve al juez, en general, para la fundamentación de su juicio, en los más diferentes eventos. Son de gran valor para el juez las reflexiones generales en torno a la aplicación del principio que han sido adelantadas por la literatura correspondiente⁷⁷.

II. SUBPRINCIPIOS QUE CONFORMAN EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad tiene un significado especial en el contexto de la instrucción de un proceso garantizador de límites derivados de los derechos fundamentales. Ha sido considerado como “límite de todas las limitaciones de los derechos fundamentales”. En el caso particular de las medidas de aseguramiento, “funciona en la práctica como el “presupuesto clave en la regulación de la prisión provisional en todo Estado de derecho y tiene la función de conseguir una solución del *conflicto* entre el derecho a la *libertad personal* y el derecho a la *seguridad del individuo*, garantizada por las necesidades ineludibles de una *persecución penal eficaz*”⁷⁸. O, de igual manera, “opera como un correctivo de carácter material frente a una prisión preventiva que formalmente aparecería como procedente, pero con respecto a la cual no podría exigírsele al imputado que se sometiera a la misma”⁷⁹.

Tres reglas generales, “principios parciales” o “subprincipios”, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina internacional, pueden aplicarse para la concreción del principio de proporcionalidad en cada caso particular: son ellos los subprincipios de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto⁸⁰. (Todos ellos

⁷⁷ En el caso colombiano, con una exposición sencilla y articulada a numerosas sentencias del juez constitucional, son importantes los aportes de Carlos Bernal Pulido, en su trabajo: “el principio de proporcionalidad de la legislación penal”, en: Carlos Bernal. *El derecho de los derechos*, U. Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 129 y ss.

⁷⁸ Odoné Sanguiné, *op. cit.*, p. 638.

⁷⁹ Llobert Rodríguez, *op. cit.*, p. 258.

⁸⁰ La Corte Constitucional colombiana reconoce, en relación con lo expuesto, que el concepto de proporcionalidad está compuesto por “tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionales más importantes”. (Corte Constitucional, sentencia C-1410 de 2000, M. P. Fabio Morón Díaz).

operan en la práctica, con el propósito de valorar la legalidad y la legitimidad de las intromisiones estatales en los derechos fundamentales)⁸¹.

A) SUBPRINCIPIO DE IDONEIDAD

En primer lugar, las intervenciones deben ser *adecuadas* para alcanzar la finalidad perseguida. También se conoce este principio de idoneidad como principio de utilidad. De manera general, se establece que la motivación de la medida debe permitir la adecuación entre la limitación del derecho fundamental y la finalidad de la medida misma en relación con la obtención de la prueba relevante y los efectos del delito concreto, que es materia de instrucción.

En consecuencia, la prueba será relevante cuando de ella se pueda derivar el conocimiento de algún elemento del tipo penal o de cualquier otro elemento de la conducta punible en concreto. En última instancia, se trata de un examen de *medios y fines* que debe contribuir a la obtención de un resultado pretendido. El juez debe adelantar siempre una ponderación entre medios y fines. El subprincipio opera, en la práctica, como un criterio de carácter empírico para verificar si la medida estatal decidida, y que ejerce un impacto en el derecho fundamental, es o no apropiada para alcanzar el fin previsto.

Dice a propósito el tribunal constitucional alemán: “una medida es adecuada para alcanzar la finalidad prevista cuando con su auxilio se aproxima al resultado pretendido. Será inadecuada cuando entorpece el alcance del objetivo proyectado o cuando no despliega absolutamente ninguna eficacia respecto de la finalidad”⁸².

⁸¹ En el caso de las decisiones del tribunal constitucional español, para citar un ejemplo, se ha establecido que existe una exigencia común y constante para la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales –entre ellas la que suponga una injerencia en los derechos a la integridad física y a la intimidad–, y es la estricta observancia del principio de proporcionalidad. (STC 55/96). De manera general se ha establecido que es indispensable que la medida limitativa del derecho fundamental se encuentre prevista en la ley, que sea adoptada por resolución judicial especialmente motivada, y que ella sea idónea, necesaria y proporcionada, en relación con el fin constitucionalmente legítimo. (STC 207 de diciembre de 1996). Nótese que se hace relación aquí a dos elementos centrales subrayados por el tribunal constitucional español: a la motivación de la decisión judicial y al hecho de que la medida, además de contener los subprincipios que se detallarán a continuación, sea conforme a los *fines constitucionales*. Estos dos elementos han sido enfatizados en el presente Módulo. Un texto que aborda este principio en el caso español: Teresa Aguado Correa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Edersa, Madrid, 1999.

⁸² *BverfGE* 7, 377 (p. 412).

En todo caso, la conexión medio-fin no puede ser establecida sin un criterio basado en la adecuación. En el caso, por ejemplo, de una medida de aseguramiento, el principio de idoneidad se refiere al hecho de que dicha medida sea el medio *idóneo* para contrarrestar efectivamente el peligro o riesgo que se quiere evitar (de acuerdo con las circunstancias previstas en el artículo 308 del Código y que es desarrollado en artículos posteriores).

Debe tenerse en cuenta que el principio de idoneidad es flexible. Es decir, no es precisa una adecuación o idoneidad absoluta de la medida respecto del fin pretendido. Se trata de buscar, también, la eficiencia de la “adecuación parcial”. Incluso, hay tribunales que aceptan la adecuación por vía negativa. Es decir, se admite que una medida es adecuada cuando no sea totalmente inadecuada. Es la lógica misma de la dogmática de ponderación, como método propio del constitucionalismo moderno: caso por caso, el juez deberá encontrar la medida más idónea y adecuada⁸³.

Las características esenciales de este subprincipio son, entonces, las siguientes:

- Constitucionalidad. Esto significa que cada medida que limita los derechos debe ser concebida de acuerdo a su funcionalidad. Así, para saber si es idónea o adecuada, debe establecerse que la medida sirva efectivamente para la consecución de la finalidad prevista. Se trata de evaluar siempre la legitimidad constitucional del objetivo o finalidad previstos.

- Carácter preponderantemente empírico del mismo.

- Flexibilidad. (Esto significa que el subprincipio de idoneidad hace relación a la causalidad del medio (*causa*) en relación con el fin propuesto (*efecto*). De esta forma, desde la perspectiva de la prohibición de exceso, el juicio sobre la idoneidad de una medida implica la realización de un pronóstico sobre la *aptitud* y verdadera conducción de la medida en relación con el fin pretendido: una medida es no idónea si lo es completamente (formulación negativa); pero es idónea si con su ayuda el éxito deseado se acerca o puede ser facilitado.

- Control de la desviación posible de los parámetros legales (también se reseña esta característica en función del control de una desviación posible de poder). Se trata de analizar el sentido exacto de la intención de la autoridad correspondiente en función de la medida dispuesta. Así, se trata de constatar que con la medida no se busquen finalidades no previstas estrictamente por la ley⁸⁴.

⁸³ *BverfGE* 19,119 (pp.126-127).

⁸⁴ Un texto que aborda en detalle el subprincipio mencionado es el de Nicolás González-Cuéllar Serrano. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid, 1999. Pp. 154 y ss.

B. SUBPRINCIPIO DE NECESIDAD

En segundo lugar, el análisis de admisibilidad pasa por un examen de necesidad. En relación con la aplicación de las medidas con injerencia probable en los derechos de la persona, en el contexto del proceso penal, necesidad significa que cuando el instructor no tenga a disposición ningún otro medio que permita obtener el mismo resultado es legítima la intervención. Por lo tanto, el juez, al ser solicitado para decretar u ordenar una medida, debe exigir al investigador que presente las alternativas que tiene y las dificultades frente a su hipótesis delictiva y que justifique que no existe otra posibilidad, sino aquella de limitar un derecho fundamental. Es decir, debe evaluar que efectivamente el resultado pretendido no se podría obtener o sería sumamente difícil llegar a él. Solo así podrá autorizar la injerencia.

Este “subprincipio”, también llamado de “intervención mínima”, de “exigibilidad”, de “subsidiariedad”, o de “alternativa menos gravosa”, significa que el medio seleccionado para alcanzar el fin propuesto no pueda ser remplazado o sustituido por otro igualmente eficaz, al mismo tiempo que se exige que no restrinja el derecho fundamental o lo haga de una manera menos gravosa. Lo fundamental en relación con este concepto es que la medida menos gravosa sea apta para lograr el mismo resultado. Según la jurisprudencia internacional, la medida “no será necesaria cuando el mismo o mejor resultado puede ser alcanzado con una injerencia menos gravosa”.

En el caso de las medidas cautelares, se debe buscar la “medida menos gravosa” frente al fin propuesto. Por ejemplo, en el caso de la detención preventiva, los jueces deben verificar si existe alguna otra medida menos gravosa para el derecho fundamental de la libertad, y que si las hay, ellas puedan resultar igualmente aptas para el logro del resultado previsto, como es el caso de aquellas medidas de “control judicial”, como la obligación de presentarse periódicamente ante una autoridad competente, etc. En última instancia, el juez debe verificar que la medida más gravosa, como es la detención preventiva o la domiciliaria, sea utilizada como *ultima ratio*, de tal manera que si el fin se logra con otros medios, estos deben adoptarse.

Al efectuar el juez la ponderación sobre la gravedad de las injerencias propuestas por la Fiscalía debe considerar de manera particular los efectos secundarios que puedan acompañar la obtención del resultado pretendido. Dos injerencias en derechos fundamentales igualmente adecuadas o idóneas, que producen el mismo resultado, pueden producir, no obstante y en razón a la diferencia de los medios empleados, diferentes efectos secundarios perjudiciales. Si el juez, atendiendo a todas las consecuencias secundarias, encuentra que los perjuicios producidos por la medida empleadas son mayores que los de la otra igualmente eficaz, él debe negar la

medida por innecesaria. En este caso, el juez debe evaluar el impacto de la medida sobre la situación familiar, laboral o social del imputado.

De esta forma, el juicio del juez de control de garantías no se debe agotar en la inmediatez de la medida, en sus efectos inmediatos; deberá estar atento a los efectos secundarios y posibles de dicha medida. Es una reflexión que exige una perspectiva de futuro.

C) SUBPRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

En tercer lugar, el examen de admisibilidad de una medida pasa por las consideraciones de *proporcionalidad* en sentido estricto. Se trata, en este caso, de ponderar hasta qué punto resulta admisible la limitación de un derecho fundamental frente a las exigencias constitucionales que tienen las autoridades de persecución penal para realizar su labor de administrar justicia. Se trata, en suma, de equilibrar la balanza de dos intereses en conflicto: de un lado, las exigencias constitucionales de administrar justicia y, del otro, aquellos que se sitúan en la esfera de la individualidad y que son catalogados en la misma Constitución Política como derechos fundamentales. (Nótese que en la aplicación práctica de este subprincipio prima el juicio acerca de la afectación concreta del derecho fundamental).

De manera general, en relación con las previsiones legislativas con intervención en los derechos fundamentales y de creación de tipos penales, se establece que de acuerdo con el subprincipio mencionado, “para que una intervención penal en la libertad o en los demás derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de la intervención (es decir, de protección del bien jurídico), debe ser por lo menos equivalente al grado de afectación de la libertad o del derecho fundamental”⁸⁵.

Ya Franco Bricola, en un texto fundamental y pionero de la lectura constitucional del derecho penal, enfrentado al problema de la legitimación posible de la intervención penal, y hallando justamente esta legitimación tan solo en la Carta Política, establecía que “que la Constitución atribuye un valor del todo preeminente a la libertad personal”. En consecuencia, “puede afirmarse hoy, con una mayor conciencia constitucional, que la sanción penal solo puede ser adoptada en presencia de la violación de un bien que, a pesar de que pueda no tener un grado de respeto similar al valor sacrificado de la libertad personal, esté dotado al menos de relevancia

⁸⁵ Carlos Bernal, *op.cit.*, p. 136.

constitucional”⁸⁶. Sin los avances actuales de la dogmática de ponderación y sin los avances en general de la Teoría del Derecho, Bricola establecía en la década del 70 las bases para una lectura constitucional del derecho penal.

Con el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, se cierra la secuencia lógica en que se manifiesta el principio de proporcionalidad. Una vez se han superado las preguntas fundamentales en relación con la idoneidad y necesidad de una medida, se aplica la noción de proporcionalidad en sentido estricto. Es decir, la relación entre medio y fin debe admitir una medida proporcional.

El resultado de la secuencia lógica está ligado, también y de manera general, a la noción de razonabilidad. El destinatario de la medida o medio empleado no ha de soportar un sacrificio no razonable en relación con el interés estatal o social en el funcionamiento de la administración de justicia. Hay que ponderar los bienes e intereses colectivos e individuales tutelados por el orden jurídico legal y constitucional, y determinar si se encuentran en una relación razonable en función del fin que se promueve.

El juicio de razonabilidad cubre, de alguna forma, todo el juicio de inferencia del juez de control de garantías. En este sentido, es correcta la redacción utilizada en el Código, de manera insistente, en relación con la exigencia de una *inferencia razonable* del funcionario.

III. CRITERIOS FRENTE AL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD EN CONCRETO

Existen criterios o variables desarrolladas por el derecho procesal comparado y por la jurisprudencia, que pueden ayudar al juez frente a la elaboración de su juicio de proporcionalidad.

Los criterios establecidos en la doctrina, útiles a este efecto, pueden ser: el criterio de la consecuencia jurídica, la importancia del asunto que se ventila y las exigencias de política criminal.

A) LA CONSECUENCIA JURÍDICA DE LA CONDUCTA INVESTIGADA

Siempre hay que determinar cuáles son los intereses enfrentados o que entran en conflicto. De un lado, se encuentran las instituciones estatales y, del otro, se encuentran los individuos que son destinatarios de las diligencias o intervenciones que inciden en su ámbito de derechos y garantías. (Es necesario trabajar con detenimiento

⁸⁶ Franco Bricola. “Teoria Generale del Reato”, en: *Novissimo Digesto Italiano*, XIX, 1974, pág. 15.

en las variables que puede tener en cuenta el juez en relación con las motivaciones para la actuación institucional. Es decir, en la identificación del interés estatal en la persecución de la conducta. Así como deben ser desechadas las penas inútiles, también deben ser desechados, en principio, los procesos inútiles).

En cuanto a lo primero, se entiende que este criterio está relacionado con la averiguación de una conducta de la cual cabe esperar que efectivamente se llegue a una condena de la persona investigada. Pero ello no supone en ningún caso desconocer la presunción de inocencia; se trata de la existencia de mecanismos efectivos y razonables de verificación de una sospecha, con posibilidades de concreción final. La medida por tomar resulta admisible cuando existen fundamentos probatorios lo suficientemente contundentes como para que la injerencia tomada complete y determine una acusación.

El criterio de “la expectativa de las consecuencias jurídicas derivadas del delito” es considerado con frecuencia como el más importante en la graduación del interés estatal para perseguirlo. Como no tiene un sustento legal específico, en su concreción dentro del proceso, el juez tiene en relación con él un marco de actuación muy considerable.

El razonamiento debe conducirse de acuerdo con un ejercicio lógico acerca de la función del derecho penal (esta conclusión es adecuada, además, para los dos criterios que a continuación se señalan).

Si el derecho penal es un sistema de protección subsidiaria de aquellas condiciones, denominadas *bienes jurídicos*, indispensables para la preservación de las circunstancias mínimas de convivencia, el juicio del juez debe estar guiado por esta consideración. Así como el juez de conocimiento está guiado por consideraciones acerca de la proporcionalidad, la razonabilidad, la necesidad y utilidad de la pena, el juez de control de garantías debe controlar la posible utilidad real que entrañan las intervenciones sobre los derechos y garantías, en función de los intereses de la administración de justicia. Toda intervención inútil o toda activación de la acción estatal en virtud de sospechas infundadas o sin posibilidad real de decisiones de fondo deben ser descartadas por el juez de control de garantías.

B) IMPORTANCIA DE LA CAUSA QUE SE VENTILA

Este, que puede ser también concebido como criterio acerca de la gravedad del delito, es un criterio que sirve para aplicar el juicio de proporcionalidad, al mismo tiempo que sirve para identificar el interés estatal en la intervención de la esfera privada de las personas.

No es un criterio de definición legal. La mera descripción de la sanción penal en los tipos penales no es un indicativo suficiente de la gravedad del delito. Menos aun en países con poco grado de solidez en las definiciones político-criminales.

El juez tiene un marco amplio de actuación frente a este criterio. Por esa razón, es importante considerar las circunstancias del caso, la intensidad de la actuación del sospechoso –sin que en ningún caso se hagan consideraciones sobre la intensidad del dolo o cuestiones atinentes a la responsabilidad–, las modalidades en que se cometió el hecho, la naturaleza del bien jurídico tutelado.

La gravedad de una conducta delictiva posiblemente cometida nunca puede ser un criterio automático e inmediato para la adopción de medidas que afecten derechos y garantías. Es apenas un marco general, un criterio de ponderación.

C) EXIGENCIAS DE POLÍTICA CRIMINAL

Se trata del criterio más voluble y más criticado por la doctrina internacional. Pero es muy importante tenerlo en cuenta, pues hoy en día las posibilidades de legitimación del derecho penal están ligadas a la tensión entre política criminal y dogmática penal. Debe recordarse, a propósito, la célebre frase de Liszt: “El derecho penal es la barrera infranqueable de la política criminal”.

Tanto la dogmática penal como la dogmática procesal penal se encuentran en permanente tensión frente a las decisiones de política criminal. Tanto más es ello evidente cuando se trata de países en los cuales la política criminal se ha caracterizado por su carácter coyuntural, cuando las decisiones de política criminal no han podido ser tomadas considerando fenómenos estructurales, sino que han obedecido a imposiciones de coyunturas y a fenómenos políticos, incluso ajenos a la lógica del derecho penal mínimo. Las decisiones de política criminal deben obedecer a criterios científicos que determinen tendencias, fenómenos estructurales, modelos de acción institucional contra ciertos comportamientos, etc.

El punto de partida para las decisiones político-criminales debe ser los estudios elaborados por la criminología, observatorios institucionales de tendencias en la criminalidad, trabajo interdisciplinario para detectar tendencias, etc. Frente a esta carencia, el juez de control de garantías debe ser más acucioso, observar el impacto real de las conductas delictivas y no atenerse simplemente al

juicio automático en relación con el *quantum punitivo* establecido en una norma penal⁸⁷.

El juez de control de garantías es hoy un lector privilegiado de la política criminal. En la regulación legal del principio de oportunidad, es ello claro.

El juez de control de garantías puede ser un operador que ajuste los criterios dispersos de política criminal e identifique tendencias en función de ciertos bienes jurídicos que deben ser protegidos con mayor celo.

En todo caso, el fundamento de la actuación del juez en función de la política criminal debe ser el derecho penal mínimo, como aquel modelo dentro del cual se inscribe el derecho penal sustancial colombiano y su derecho penal procesal. Normas rectoras, como el artículo 1º que preserva la dignidad humana, el artículo 2º sobre la prevalencia del principio de libertad en el ordenamiento procesal, la afirmación de la libertad en el artículo 295, las finalidades que debe sustentar la restricción de la libertad consagrada en el artículo 296, las reglas relacionadas con el principio de oportunidad, la opción de hacer auténticos juicios basados en la antijuridicidad material como en el caso del principio de oportunidad, el fundamento humanista que se percibe en el nuevo estatuto procesal, son estructuras que expresan este modelo adoptado por el legislador.

IV. ANTIJURIDICIDAD MATERIAL Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

En relación con la figura dogmática de la antijuridicidad material, es muy interesante reseñar decisiones de juez constitucional colombiano, en las cuales se adelanta una lectura constitucional de dicha figura. Es bien sabido que la distinción entre antijuridicidad formal y antijuridicidad material es útil para hacer graduaciones del injusto y aprovecharlas dogmáticamente, o para distinguir entre la mera prohibición legal y el carácter del bien jurídico que se vulnera, y para reunir medios auxiliares para la interpretación de la teoría del tipo penal. Pero, además, tiene una función constitucional. La Corte Constitucional se refiere a la antijuridicidad material como un *principio* y dispone que, a pesar de no encontrarse él regulado en la Carta

⁸⁷ Es el caso, por ejemplo, del uso de una figura muy interesante del Código Penal, prevista en el artículo 56, que permite al juez, sin ser acusado de hacer sociología o desviarse del derecho, hacer auténtico derecho penal basado en condiciones sociales objetivas. Ante dificultades para aplicar eventuales causales de justificación, por ejemplo, el juez puede aplicar esta norma y hacer verdadero derecho penal mínimo. Se trata, no obstante, de una norma casi inaplicada que debe ser repensada en función del rescate de una estructura humanista del Código Penal.

Política expresamente, “no quiere decir que carezca de relevancia constitucional o que no pueda ser deducido de las normas constitucionales”⁸⁸.

Para la Corte, la tarea encomendada a las instituciones, de protección de la vida, honra y bienes de los ciudadanos tiene límites concretos: “en materia del ius puniendo del Estado, esta protección no puede conllevar una restricción injustificada de los derechos fundamentales, como podría ser, por ejemplo, cuando a pesar de la reducida importancia de un bien se limita irrazonablemente la libertad personal del infractor”. Concluye entonces el juez constitucional: “Sin necesidad de elevar el principio de antijuridicidad al rango de principio supralegal, bien puede afirmarse que este tiene su corolario constitucional en el principio de proporcionalidad o ‘prohibición de exceso’”⁸⁹.

Es muy importante tener en cuenta que el principio de proporcionalidad y una de las categorías que lo determinan, que es la prohibición de exceso –categoría central en el derecho procesal penal comparado actual– puede interpretarse en función de las consecuencias prácticas que trae consigo la figura de la antijuridicidad material.

En función del derecho penal mínimo no es posible establecer un listado fijo de conductas sobre las cuales existirá mayor interés social o institucional en su persecución, pero, con base en este modelo, el juez puede identificar y concentrar esfuerzos en aquellas conductas que son más lesivas de las condiciones de supervivencia social. Por ejemplo, aquellos delitos que componen el *núcleo duro* de derechos humanos dentro del Código Penal, como son la desaparición forzada, el desplazamiento forzado, la tortura, el genocidio, las conductas que hacen parte del Título II de la parte especial de Código Penal, es decir, los delitos contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, delitos como el secuestro y, más aun, en sus variantes más agresivas, los delitos sexuales que ameritan hoy una atención especial del Estado.

Los tres criterios analizados deben servir al juez para que, caso a caso, aplique el principio de proporcionalidad. La importancia de la causa que se ventila está directamente relacionada con la posible decisión que se tome en virtud de una sospecha fundada, al mismo tiempo que estas dos circunstancias expresan una concepción político-criminal.

⁸⁸ Corte Constitucional, sentencia No. C-070 de 1996.

⁸⁹ Corte Constitucional, *ibidem*.

V. CUATRO PRINCIPIOS CENTRALES EN EL NUEVO ESTATUTO PROCESAL PENAL Y LA EXIGENCIA GENERAL DE PROPORCIONALIDAD

Cuatro principios cruzan todo el Código de Procedimiento Penal. Ellos pueden ser englobados en el gran principio de la proporcionalidad. El artículo 295 que afirma, por ejemplo, la prelación de la libertad como regla procesal establece que las disposiciones del Código que autorizan su restricción, deben ser aplicadas de manera excepcional. Se interpretarán restrictivamente y su aplicación se ajustará a los siguientes principios:

- Necesidad.*
- Adecuación.*
- Proporcionalidad.*
- Razonabilidad.*

De manera general, el juez de control de garantías deberá tener en cuenta estas cuatro condiciones para fundamentar su juicio.

Caso Aclaración previa

En diversos casos aquí reseñados, los jueces adelantan juicios de ponderación y juicios basados en el esquema del principio de proporcionalidad. En este punto, se citará apenas uno de ellos, por ser un caso en el cual, además, se muestra claramente desde el derecho penal un ejercicio de nuevo constitucionalismo adelantado por un juez de la República. Pero, en el aparte que continúa, sobre los tres niveles de argumentación se retomarán diversos casos, en los cuales se ha adelantado una argumentación compleja desde el punto de vista constitucional y articulada al principio de proporcionalidad.

Caso. “Madre cabeza de familia”

En este caso, el juez de control de garantías accedió a la solicitud de revocatoria de una medida de aseguramiento, a pesar de que esta solicitud se había hecho por segunda vez y que ello era contrario a lo dispuesto en el artículo 318. Recuérdese que, en este caso, el juez aplicó la excepción de inconstitucionalidad. Toda la argumentación del juez fue adelantada desde el ámbito constitucional.

Para el juez, al juez anterior que tomó la decisión inicial sobre la revocatoria le faltó haber comprobado la condición de madre cabeza de familia. El juez establece que, de acuerdo con el derecho penal mínimo y garantista, se debe permitir que una

situación de hecho –que es aquella en la cual se ve una persona cuando tiene 6 hijos y que ellos constituyen el núcleo familiar de hecho– sea regulada o tenida en cuenta por el derecho penal. Para el juez, el hecho de que en un principio se haya exigido la declaración de la madre y que una vez se haya pretendido subsanar este requisito impuesto ya no tenga lugar la solicitud de revocatoria, demostraría una carencia absoluta de justicia material. El juez pondera el dictado de la norma y las condiciones objetivas del caso –el hecho de hallarse una familia de por medio– y decreta la prelación de los derechos de los menores y la prelación del principio de libertad.

Puede decirse que el juez adelanta un ejercicio de auténtico nuevo constitucionalismo: desde el derecho penal, subrayado como derecho penal mínimo y subsidiario por el funcionario; el juez hace prevalecer, en un caso particular, derechos y garantías, frente a los dictados de una norma que se queda corta en su regulación.

Hay que agregar, además, que al contrario de prácticas de ponderación en las cuales parece primar más la mera tópica y una adecuación de los argumentos a decisiones previamente tomadas, en este caso la solución se aplica mediante el control difuso que es una opción plena de ejercicio institucional de autocorrección del derecho en situaciones críticas.

VI. NUEVAS EXIGENCIAS ARGUMENTATIVAS PARA EL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS: ADECUACIÓN DEL JUICIO EN TRES NIVELES

La mayor exigencia frente al uso de herramientas de tipo constitucional y frente a la dogmática de ponderación reside en la necesidad de que el juez analice cada caso en concreto. No deben existir juicios automáticos o basados solo en las disposiciones legales.

A la complejidad del nuevo sistema procesal corresponde una complejidad mayor en los niveles de argumentación del juez.

Pueden distinguirse varios niveles de argumentación y de construcción lógica de la decisión del juez. Se trata de un procedimiento general que puede ser aplicado en los diferentes eventos por parte del juez de control de garantías. En el caso de las medidas de aseguramiento, estos tres niveles de argumentación son fundamentales. Su uso actual, por parte de un número cada vez mayor de jueces, le ha dado a su labor un alcance insospechado. Se trata de una secuencia argumentativa en la cual el juez de control de garantías obra como auténtico juez constitucional. Todo lo expuesto hasta ahora, en relación con el principio de proporcionalidad, sirve de base para la comprensión de la secuencia que aquí se expone. Muy especialmente, lo expuesto desde el inicio respecto al

subprincipio de idoneidad, particularmente en la característica de la constitucionalidad de la medida y de la necesaria adecuación de medios y fines; también, en relación con lo expuesto sobre la evaluación que en función de la necesidad de la medida y de su impacto posible sobre derechos y garantías, debe hacer siempre el juez de los fines constitucionales de las diversas medidas solicitadas por la Fiscalía⁹⁰.

A) NIVEL DE ARGUMENTACIÓN FÁCTICA

Un primer nivel estaría determinado por la argumentación de tipo fáctico: el juez debe verificar los hechos de carácter fáctico que le son narrados, por ejemplo, por el fiscal o por la policía, y a partir de los cuales se pretende o solicita una determinada medida. Se trata de la narración puramente fáctica, empírica, de hechos que son materia de investigación.

B) NIVEL DE ARGUMENTACIÓN LEGAL

En un segundo nivel el juez debe ajustar la información obtenida –legalmente como lo recalcan varias normas del Código–, los elementos de relevancia probatoria, las diversas evidencias, a las disposiciones legales. Se trata, por decirlo así, de un juicio basado en la estructura positiva o legal del Código. Se trata del clásico ejemplo de la subsunción legal.

El juez debe, además, ordenar su juicio, de acuerdo con la estructura lógica de la disposición. Debe seguir el orden de la disposición. Por ejemplo, en la aplicación del artículo 288 debe verificar primero la individualización del imputado, luego la relación clara y sucinta de los hechos relevantes –y solo estos– y luego debe controlar la posibilidad de allanamiento del imputado a la imputación. (Para verificar este evento, el juez deberá remitirse, a su vez, al artículo 351).

C) NIVEL DE ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL

Un tercer nivel de argumentación expresa la complejidad del juicio y de la inferencia razonable que finalmente debe hacer el juez. Este, una vez ha adelantado una argumentación de tipo fáctico y una vez ha verificado que se cumplen los requisitos establecidos en las disposiciones legales para adoptar una medida con

⁹⁰ Una exposición inicial de los tres niveles de argumentación y con base en la cual se ha adelantado un proceso estructural de capacitación de los jueces, en: Alejandro Aponte. *Manual para el juez de control de garantías en el sistema acusatorio penal*. Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, Bogotá, diciembre de 2004, p. 37 y ss.

injerencia sobre los derechos fundamentales de una persona, debe constatar el cumplimiento de los fines previstos para estas medidas.

Esta es una inferencia de tipo *constitucional* y relacionada con el *bloque de constitucionalidad*. En función de este último ejercicio de argumentación se han explicado aquí los diversos criterios generales y las variables con base en las cuales el juez debe cualificar su juicio. Es aquí donde adquiere sentido el esquema constitucional aportado por el principio de proporcionalidad.

En virtud de este nivel de argumentación, el juez, a pesar por ejemplo de que en relación con una medida solicitada por el fiscal, se dan los requisitos legales para adoptarla, puede considerarla no necesaria, pues no pasa el *test de proporcionalidad* que este siempre debe aplicar.

Ejemplo: en virtud de la sentencia de la Corte Constitucional No. C-774 de 2001, en la cual se estableció claramente el fin estrictamente procesal de la detención preventiva y el hecho de que esta, bajo ningún concepto, debe reputarse como pena, un juez puede encontrar que a pesar de que el Código permita la medida para ese caso particular, y que fácticamente tengan lugar hechos de cierta relevancia para adoptarla, el juez puede concebirla *innecesaria* para ese caso particular. O puede considerar que otra medida es más apropiada para los fines propuestos. El juicio no se basa, entonces, en una argumentación fáctica ni legal; se basa en una argumentación de tipo constitucional que está, por decirlo gráficamente, en un nivel superior.

Se trata, en este último nivel, de identificar el derecho fundamental o la garantía que está en juego con la medida que se solicita. Aquí se pondera el interés estatal de persecución del delito con los derechos y garantías que pueden ser afectados. En este caso se pondera el interés concreto que para la Fiscalía puede tener la adopción de una medida, o la importancia de una medida para el rumbo correcto de la investigación o para la recolección consistente del acervo probatorio, con los derechos fundamentales eventualmente afectados.

Es en este nivel de argumentación donde se sitúan las exigencias de *adecuación, necesidad, proporcionalidad y razonabilidad* del Código de Procedimiento Penal en diversas normas y que cruzan de manera sistemática todo el estatuto procesal.

Casos

Aclaración preliminar

Sin duda, en la implementación práctica de las nuevas exigencias argumentativas se han presentado las mayores disputas conceptuales en el contexto del desarrollo

práctico del sistema. Particularmente, y en el caso que nos ocupa, en el terreno de la argumentación constitucional, se han presentado tensiones –muy naturales por cierto cuando se implementa un sistema por primera vez– entre algunos fiscales y jueces de control de garantías: la discusión acerca de la necesidad de la medida, por ejemplo, en el caso de las medidas de aseguramiento, ha sido muy intensa y muy interesante. En este terreno se han decidido casos polémicos y paradigmáticos que revelan la intensidad del proceso de tránsito normativo-conceptual.

De ello dan cuenta diversos casos fallados y que se reseñan a continuación.

Caso 1. “Droga en la cárcel”

Este es un caso en el cual el juez desarrolla una argumentación impecable en relación con los tres niveles reseñados, que han venido siendo aplicados por los jueces de control de garantías. Representa, además, un ejemplo de cómo los jueces aplican, igualmente y de acuerdo a sus propios criterios, dichos niveles de argumentación. Con otros nombres, o con otros conceptos inclusive, los operadores dan aplicación a dicho esquema argumentativo. Lo importante, en todo caso, es que en los jueces está presente la exigencia argumentativa relacionada con el nivel constitucional.

En el caso mencionado, el juez asume directamente los tres niveles, los aborda como “exigencias” relacionadas con los requisitos establecidos en el artículo 308 para imponer una medida de aseguramiento.

Para el juez, las tres exigencias son:

1. Una de carácter material.
2. Una de carácter legal.
3. Una exigencia de carácter constitucional.

1. En relación con la primera, el juez establece que el fiscal no ha hecho relación material específica a hechos que sirvan de auténticos elementos probatorios para sustentar la solicitud. (No obstante, el juez hace relación a la *unidad de materia* existente en todos los eventos, de tal manera que tendrá en cuenta lo expuesto por el fiscal, sobre todo en relación con la supuesta captura –que fue declarada, como se ha dicho, inexistente por sustracción de materia–).

El juez adelanta una descripción detallada de hechos que considera demostrados: la “caleta” en la cual se encontró la droga, el hecho de que esta se encontraba en la celda, el hecho de que la celda pertenecía a los tres imputados.

Como se ha dicho, el juez aborda esta primera etapa argumentativa en el contexto de una *exigencia material*. Lo interesante es ver que el juez llama a esto los aspectos materiales del caso.

2. En relación con el aspecto legal, el juez aborda el estudio de la exigencia de inferencia de la posible autoría o participación. Hace alusión, en primer lugar, al hecho de que la conducta está sancionada con una pena mayor de cuatro años de prisión. Así, concluye: “Procede la medida desde el punto de vista objetivo en relación con la naturaleza de la conducta”.

3. Enseguida, a pesar de la conclusión anterior, establece que es necesario abordar el asunto desde el punto de vista constitucional y advierte que “puede darse el caso de que se esté ante la prueba o demostración del elemento material, pero debe darse el aspecto constitucional”. Luego, se refiere a los *fines* de la medida.

En ese momento, el juez efectúa un giro muy interesante en la argumentación: regresa al nivel fáctico –a la “exigencia material”– e inicia la argumentación final introduciendo una hipótesis concluyente: los aspectos materiales aportados por el fiscal no “establecen por sí solos la inferencia posible de la autoría de las personas imputadas”.

El juez toma aspectos de la argumentación del fiscal: este, de cara a los imputados y en tono afirmativo, les ha dicho: “alguno de ustedes debe ser el responsable”, no se sabe si alguno de ustedes es “autor o partícipe, pero sí sabemos su participación”. Y vuelve y afirma: “alguno de ustedes debe ser el responsable”.

Esta afirmación y su uso gramatical –el condicional– es subrayado por el juez en diversas ocasiones. Este, tomando en consideración la alusión de la defensa sobre una posible adscripción de responsabilidad objetiva que está proscrita en el Código Penal, agrega, además, que con ello se puede caer en lo que antaño se conocía como “concausalidad”. Adelanta una crítica a la figura y recuerda que se trataba de épocas pasadas en las cuales, sobre todo en relación con delitos contra la vida y la integridad personal, cuando ocurría un hecho, un homicidio, por ejemplo, y no se sabía quién lo había cometido, se responsabilizaba a todos los que se encontraban presentes en el escenario del crimen.

Por esa vía, el juez concluye que no se demostró desde cuándo los imputados ocuparon la celda, si cuando llegó el “pabellonero” se constató la última de las inspecciones, de hecho indagó sobre cuándo fue llevada a cabo la última inspección, si se comprobó que la caleta había sido hecha antes, etc. El juez valora los vacíos probatorios y de allí regresa al ámbito constitucional: a juicio del juez –y cita los

artículos 2, 295 y 296 del Código de Procedimiento Penal sobre preservación de la libertad y su restricción excepcional – no se ha probado el requisito de necesidad para poder adoptarla. Agrega, además, que los requisitos, al lado de la necesidad, son: adecuación, proporcionalidad y razonabilidad.

Concluye el juez: no se dan estos requisitos, no se han probado ellos, tanto desde el punto de vista material como del legal y constitucional; por esa razón, no decreta la medida. (Sobre el aspecto de la responsabilidad objetiva o de la concausalidad se volverá más adelante).

Caso 2. “San Alejo”.

En este caso, tal como se explicó desde la presentación del principio de gradualidad, el juez decidió no imponer la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, sino una medida diferente contenida en el literal B) del artículo 307. La decisión del juez, alejada de una tradición de imposición automática de medida de aseguramiento, que apenas referenciaba el *quantum* punitivo, la gravedad del hecho y en virtud de la cual se pasaba automáticamente a imponer la medida restrictiva de la libertad, el juez consideró que en ese caso particular no era conducente la medida, a pesar de la gravedad en abstracto de la conducta. El hecho en sí de estar en posesión una persona de municiones de uso privativo de las fuerzas armadas no fue tenido en cuenta de manera determinante por el juez y esta evaluación la hizo el funcionario en un nivel superior de reflexión constitucional. Ya se ha dicho, a propósito, que el juez hace alusión permanente al acto legislativo reformatorio de la Carta.

El juez adelantó una argumentación detallada en los tres ámbitos relacionados:

1. Desde el punto de vista fáctico: el juez, desde el principio de la audiencia, indagó sobre las características del hecho; no solo se limitó a concebir el hecho en el marco de su inclusión en el Código Penal, sino que abordó las circunstancias particulares del caso, el hecho de que el capturado tenía un trabajo permanente y de carácter legal, un domicilio y una actitud favorable al desarrollo del proceso. El juez interrogó al imputado, una vez legalizó su captura e hizo el control sobre la imputación, en relación con las obligaciones familiares que este tenía y, como se ha dicho, en relación con datos objetivos de su vida social: trabajo, domicilio, etc.

2. Estas consideraciones anteriores fueron luego contrastadas con las disposiciones legales y el juez advierte que no se fundamentó el posible peligro de

fuga o de obstrucción de la justicia. El juez abordó uno a uno los elementos que comprenden el artículo 308 y siguientes.

Enseguida el juez adelantó la argumentación situada en el tercer nivel establecido.

Advierte, una vez se ha hecho la constatación fáctica de las circunstancias, no solo del caso en sí o del hecho, sino específicas respecto del ahora imputado: “es evidente que el delito es de competencia de los jueces especializados”. Por ese hecho, “es un ítem que permite la medida y es un delito penalizado con un mínimo de cuatro años”. No obstante, “de acuerdo con el acto legislativo que reformó la Carta Política, la detención preventiva no es automática”.

El juez consideró, en consecuencia, y situado en el ámbito de la evaluación constitucional de los fines constitucionales para la misma, que la medida no era *necesaria*.

Caso 3. “La zorra en Bogotá”

La argumentación en los tres niveles se ha adelantado de manera general, tanto por aquellos jueces que no han decretado la medida por considerarla innecesaria de acuerdo con los fines constitucionales, como por aquellos que sí las han impuesto. Lo importante, en todos los casos, es la fundamentación: el juez de control de garantías debe fundamentar siempre las decisiones. No se trata en todas de hacer elaboraciones conceptuales muy complejas, ello depende de la complejidad misma del caso, pero lo que no puede ocurrir en este momento es la decisión basada en presupuestos aparentemente evidentes o de elaboraciones automáticas, que solo confrontan las disposiciones legales relacionadas con la punibilidad de una conducta o con la mera gravedad del hecho.

En el caso que se reseña, el juez adelanta una argumentación muy sólida e interesante desde el punto de vista metodológico. Es, como se ha dicho, un caso particularmente complejo, ya que en él se debatieron cuatro eventos: control de diligencia de allanamiento de morada, captura, imputación e imposición de medida.

El juez ordena la privación de la libertad pues considera que es necesaria la medida, una vez ha hecho relación a la importancia del principio de libertad y una vez ha adelantado, expresamente, el juicio de proporcionalidad: en este caso particular consideró que la persona, así no fuese un gran narcotraficante, debía someterse a la detención preventiva. La consideró *necesaria* de acuerdo con los fines constitucionales.

Caso 4. “El atraco”

De la misma forma procedió la jueza en el caso reseñado como número 4 en este módulo: para la funcionaria, a pesar de tratarse de un caso “evidente”, de un caso en el cual es patente la gravedad de una conducta y la manera como esta se llevó a cabo, no procede de manera mecánica en la argumentación. Al contrario, adelanta una fundamentación y una argumentación muy sofisticada que es especialmente importante para el momento en que se encuentra el Sistema. Establece la gravedad del hecho –un hurto con uso de armas y con amenazas sobre la persona– pero no lo resuelve fácilmente por esa vía, ni se limita a decir que el delito comporta medida y por esa razón la otorga; al contrario, desarrolla paso a paso las exigencias legales de los artículos pertinentes, hace relación al ámbito constitucional.

La funcionaria destaca de manera central las exigencias constitucionales, al final de su argumentación se enfrenta a ellas y declara procedente la medida restrictiva.

Caso 5. “Robo a la empresa”

Ante un robo en circunstancias particularmente complejas, en las cuales incluso se dejó inconsciente al vigilante –con el uso de una droga– y tratándose probablemente de un delito preparado y ponderado, la jueza, no obstante la gravedad de ese hecho, no declaró procedente la detención preventiva.

El aspecto central de la decisión: la no necesidad de la medida, de acuerdo con los fines constitucionales. La jueza, tal como se ha reseñado en relación con diversos casos, hace relación al hecho de que la procedencia de la medida no es *automática*. Adelanta un análisis detallado sobre todas las normas pertinentes, se detiene muy especialmente en la argumentación acerca del posible peligro de una persona para la sociedad, en la manera como debe ser interpretada esta norma desde el punto de vista constitucional, en los cambios que se han producido en la normativa actual; discute el hecho de que la gravedad de la conducta no puede ser considerada automáticamente como la razón para detener preventivamente, y subraya que la norma hoy en el Código, el artículo 310, señala que, “además” de la gravedad del hecho, deben tenerse en cuenta otras variables como son los antecedentes y que, por lo tanto, la mera gravedad del hecho por sí misma no es suficiente para la imposición de la medida.

La jueza, situada en el tercer nivel de argumentación reseñado, y luego de aplicar el juicio de proporcionalidad, estima que la Fiscalía no ha argumentado ni fundamentado la solicitud de la medida y que solo ha hecho una narración meramente fáctica relacionada

con la gravedad del hecho y con la posible peligrosidad de la persona. La juez constata que los imputados están presentes, que no han ocultado pruebas y que, por lo tanto, no se da un hecho material de continuación de actividades delictivas. La juez no acepta argumentos “peligrosistas”, tal como ella misma lo señala al final de su intervención. Por las razones señaladas, no decreta la medida restrictiva de la libertad.

VII. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

El esfuerzo para establecer las pautas de interpretación con base en las exigencias del nuevo Código, el énfasis en el principio de proporcionalidad, no solo se ha hecho en función del nuevo juez de garantías, como juez constitucional, ello compromete desde luego también a la Fiscalía General de la Nación. El ideal es que todos los intervenientes en el nuevo proceso penal adquieran plena responsabilidad de ello; así, no solo se evitarían disputas inútiles, sino que se haría más expedito el procedimiento y se daría cumplimiento al principio de celeridad. La exigencia de argumentación y de fundamentación fáctica, legal y constitucional no es un obstáculo para la aplicación de la norma procesal, el obstáculo y la tardanza surgen de la inobservancia de las reglas de juego que son hoy en día más sofisticadas.

El artículo 302, que se refiere al procedimiento en caso de flagrancia, refuerza la tesis planteada: en el inciso 4º la norma advierte que “si de la información suministrada o recogida aparece que el supuesto delito no comporta detención preventiva, el aprehendido o capturado será liberado por la Fiscalía, imponiéndosele bajo palabra un compromiso de comparecencia cuando sea necesario”. Es decir, el primer gran filtro, que no es solo mecánico, ni meramente fáctico o legal, lo debe hacer la Fiscalía. Incluso, agrega la norma que de la misma forma se procederá en caso de que la captura sea declarada ilegal.

Podría decirse que no hay tiempo para que el fiscal adelante este complejo juicio de proporcionalidad, y que además la norma tan solo se refiere a la “información suministrada o recogida”, y que ello no puede conducir a evaluaciones tan complejas sobre procedencia de la medida con base en la necesidad, etc. Podría pensarse que dicha información solo se coteja con la norma, el artículo 313 que se refiere a la procedencia de la medida y que ello entraña tan solo una evaluación de tipo fáctico-legal.

No obstante, si se entiende que la procedencia de una medida no está dada, como anteriormente y en épocas que deben ser superadas –por el simple hecho de constatarse el ámbito punitivo de una conducta– el juicio del fiscal, el primer filtro que él hace debe ser complejo y debería tener en cuenta las variables aquí expuestas.

Esto, de otra parte, obedece a la insistencia que, por ejemplo, en diversas reuniones del *Conversatorio Interinstitucional del nuevo sistema penal acusatorio*, se ha hecho en relación con la importancia del trabajo de la Fiscalía frente a la policía y, en general, frente a los primeros hechos de activación de la acción penal. Se ha insistido en la triada: policía-Fiscalía y juez de control de garantías. (Una secuencia de filtros en función de la verdadera eficacia de la administración de justicia que es la celeridad y producción de decisiones, articuladas y basadas en la observancia estricta de las reglas de juego legales y constitucionales).

Ahora bien: esta interpretación debe armonizarse con lo dispuesto, con muy buen criterio, por la Corte Constitucional, en cuanto a los límites que para la actuación de la Fiscalía surgen del artículo 302 mencionado. La Corte, en sentencia No. C-591 de junio de 2005, declaró exequible la norma “en el entendido de que el fiscal puede examinar únicamente las condiciones objetivas para la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva”. Es decir, según la Corte, al fiscal no le está dado entrar a evaluar la materialidad de los requisitos previstos en el artículo 308, en función de la procedencia de la medida. Esta evaluación, según la Corte, solo le corresponde al juez de control de garantías.

Esta decisión se asume con el propósito, ligado a la prohibición de archivar directamente un caso, de establecer claridad sobre los límites de las funciones jurisdiccionales de la Fiscalía, pero ello no significa que, de manera general, el fiscal no evalúe la necesidad de la medida que está solicitando. Al contrario, como se ha dicho, el fiscal debe argumentar muy bien, sobre todo en función de su propósito investigativo y ofrecerle al juez, no valoraciones “evidentes”, ni meras narraciones de hechos fácticos, o suposiciones basadas en el supuesto peligro de una persona para la sociedad. Dentro de los límites de su función, por ejemplo en relación con las facultades jurisdiccionales, el fiscal también es un operador constitucional: el derecho penal de la Constitución es también tarea y marco de referencia para la Fiscalía.

VIII. LÍMITE GENERAL EN LA ARGUMENTACIÓN DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

Existe un presupuesto general que condiciona la actuación del juez de control de garantías: en los eventos en que este interviene, no se discute la responsabilidad penal.

El juez de control de garantías no es un juez de conocimiento. Él debe supeditarse y exigir a los actores que se supediten —a la policía, por ejemplo, en sus informes, y siempre debe exigirlo a la Fiscalía— estrictamente a la diligencia que es motivo de control. Cada diligencia se debe restringir al motivo de la misma y el juez

debe ubicar el derecho fundamental que puede estar en juego, ponderar los intereses que entren en posible colisión y decidir estrictamente en función de ello.

En Colombia ha sido tradicional que la argumentación en relación, por ejemplo, con la adopción de una medida cautelar sobre bienes o de una medida de aseguramiento, lleva implícita una carga argumentativa previa respecto de la posible responsabilidad. En el nuevo esquema procesal esto no puede ocurrir. La adopción de una medida de aseguramiento o de una medida cautelar sobre bienes no puede significar un adelanto del juicio de responsabilidad.

Por esa razón, el subcriterio analizado en relación con el juicio de proporcionalidad, acerca de las posibles consecuencias jurídicas de la conducta investigada, no significa, en ningún caso, que se adelanten juicios de responsabilidad.

Incluso en normas problemáticas, como el artículo 287 en el cual, a propósito de la formulación de imputación, se establece la inferencia razonable con base en la posible autoría o participación del imputado en un delito, el juez de control de garantías no puede adelantar un juicio de responsabilidad en relación con la conducta.

IX. EJERCICIO DE CONTROL DE GARANTÍAS Y DERECHO PENAL SUSTANCIAL: UNA DINÁMICA PERMANENTE

Ahora bien: ha surgido una preocupación fundamental en los jueces de control de garantías, que se han visto ante casos en los cuales, por ejemplo, es evidente la presencia de una causal de justificación o inclusive causales de exclusión de la culpabilidad, como es un posible error de prohibición, y no obstante esta circunstancia, bien sea de cara a la adopción de medidas o, más complejo incluso, frente a la imputación o allanamiento de cargos, los jueces no han podido hacer referencia alguna a estas circunstancias. Se desbordaría con esta alusión los límites de su actuación.

La solución prevista por algunos jueces, y de hecho aplicada en ciertos casos, es la de resolver casos absolutamente evidentes en que la conducta estaría inscrita en una causal de exclusión de la responsabilidad prevista en el artículo 32 del Código Penal, por vía de la *necesidad* de la medida de aseguramiento. Y tiene sentido: sin entrar a debatir la responsabilidad penal, ante evidencias fácticas que son de todas formas materia del juicio del juez de control de garantías, dichos hechos fácticos que constituyen características con base en las cuales se ha cometido una conducta pueden dar lugar a establecer que la medida no es necesaria. Ello, incluso, debido a que la gravedad extrema de un hecho, que es puramente fáctica en principio –ya que no se ha discutido posible responsabilidad– ha sido un criterio valorado y ponderado por los jueces en función de la necesidad de una medida.

Los fiscales también han actuado en concordancia con lo expuesto; empero, ha surgido para ellos el problema relacionado con los límites de sus actuaciones específicamente jurisdiccionales. En un caso, el fiscal partió de la base de la existencia de una legítima defensa como causal de justificación y, por esa razón, a pesar de tratarse incluso de un homicidio, no solicitó medida de aseguramiento. El fundamento fue la falta de necesidad de la medida. Pero este caso da lugar a pensar en hechos críticos, sobre los cuales la Corte Constitucional ha tomado posición en decisión No. C-591 de junio 9 de 2005.

En este caso comentado, se trató de un individuo que disparó a una persona que, junto con otra que huyó, estaba ingresando a los predios de su casa. El dueño disparó y dio muerte a una de ellas. Se trata, en principio, de la figura de la legítima defensa privilegiada, figura polémica y muy problemática que ha sido mantenida en el Código Penal vigente. El fiscal ni siquiera hizo imputación, y el proceso se archivó: parece una medida extrema, la legítima defensa privilegiada también debe someterse a una evaluación de proporcionalidad, como la figura de la legítima defensa en general, y no debería archivarse automáticamente un caso, sobre todo cuando hay un homicidio de por medio. La vieja figura de la *offendiculae* debe ser objeto de revisión permanente, cuando está de por medio la vida de las personas.

Además, se trata de una decisión directamente relacionada con las causales de ausencia de responsabilidad que supone una valoración de dogmática sustancial; para la Corte, con muy buen criterio, ello excede el ámbito de actuación de la Fiscalía: no parece conceible que un fiscal archive sin consecuencias y sin control un caso, cuando considere que el hecho está inscrito en una causal de exclusión de la responsabilidad. Incluso, aquellas que pueden concebirse como causales de atipicidad, deben someterse a una valoración judicial. Así, la Corte, en relación con el artículo 78, declaró inexequible la expresión “mediante orden sucintamente motivada” y también: “si la causal se presentare antes de formularse la imputación, el fiscal será competente para decretarla y ordenar como consecuencia el archivo de la actuación”. De igual forma lo hizo en relación con las expresiones “a partir de la formulación de la imputación” del inciso segundo de la norma, y la expresión “a partir de la formulación de la imputación”, contenida en el artículo 331 del Código.

Debe agregarse, finalmente, que el hecho de que el juez de control de garantías no deba adelantar un juicio de responsabilidad; el que no sea un juez de conocimiento, en ningún caso significa que pierda de vista el derecho penal sustancial. Al contrario, sea la oportunidad abierta por el nuevo estatuto procesal, en cuanto a la exigencia de una sofisticación mayor del juicio del juez, para que este sea consciente de la exigencia de adecuar siempre su juicio a las categorías que comportan la Teoría del Delito.

Casos

Caso “Droga en la cárcel”

Como se ha reseñado, en este caso el juez no decretó la medida de aseguramiento, entre otras razones porque hubo carencia de demostración de los elementos materiales probatorios que comprometen la *exigencia material*. El juez hizo alusión a la noción de responsabilidad objetiva y a su proscripción, por parte del Código Penal, y a la noción de “concausalidad”.

¿Constituye esto un sobrepaso en la argumentación del juez?

¿Significa esto que el juez está adelantando juicios de responsabilidad penal que no le corresponden?

Lo primero que se debe indagar de cara a las preguntas es si cualquier alusión a figuras del derecho penal sustancial representa una invasión del juez de control de garantías, a la función de conocimiento. La respuesta es no. Al juez de control de garantías no le corresponde adelantar juicios de responsabilidad, pero eso no quiere decir que pierda de vista el derecho penal sustancial. Al contrario, como se vio en el caso de la imputación, ello es fundamental; de igual forma tratándose de acuerdos o negociaciones. Lo mismo en este caso: no parece viable una referencia a la posible autoría o participación, sin tener en cuenta figuras dogmáticas muy concretas. Es un principio de valoración. Se trata de una inferencia razonable sobre posible autoría y, por ese motivo, la razonabilidad pasa por una constatación no solo fáctica, sino de derecho penal sustancial. En este caso, tiene entonces sentido la alusión a la responsabilidad objetiva o a la otra figura de la concausalidad criticada por el juez. Además, en el primer caso, ligada dicha prohibición al principio de culpabilidad, tiene sustento constitucional y ello refuerza toda la argumentación.

X. MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO NO PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD: DE NUEVO EL PRINCIPIO DE GRADUALIDAD

En el siguiente aparte se abordará el análisis de las medidas de aseguramiento, establecidas en el Código de Procedimiento Penal, distintas de la detención preventiva y a la detención domiciliaria, y respecto de las cuales se aplica del principio de gradualidad explicado. Se aborda su estudio aquí una vez se ha hecho la presentación de las medidas de aseguramiento restrictivas de la libertad y la presentación del principio de proporcionalidad y de los tres niveles de argumentación para el juez; ya que estas reflexiones previas ofrecen mayores elementos para el juez respecto de las posibilidades prácticas para aplicar las medidas, y en relación con sus consecuencias concretas.

Como un ejercicio necesario y básico en función del trabajo de los jueces, se hará relación aquí al derecho o garantía fundamental que está en juego con cada una de las medidas, y se contrasta con la finalidad buscada. Por esa razón, el juez debe tener presente siempre lo expuesto hasta ahora en función del principio de proporcionalidad.

Tal como se ha planteado previamente, el artículo 307, numeral B, reseña una serie de medidas de aseguramiento no restrictivas de la libertad. A continuación se abordarán los aspectos más relevantes en relación con ellas. (Debe advertirse que se trata de figuras procesales que apenas se encuentran en desarrollo. Además, se trata de opciones que están condicionadas ampliamente por la implementación de recursos técnicos y adecuaciones administrativas del sistema. La adopción de ciertas medidas presupone una infraestructura que todavía no está presente en el Sistema. Es el caso, por ejemplo, de la primera medida que se reseña a continuación).

A) OBLIGACIÓN DE SOMETERSE A UN MECANISMO DE VIGILANCIA ELECTRÓNICA

De acuerdo con lo inmediatamente expuesto, lo primero que es necesario aclarar en relación con esta medida es que aún no existe la capacidad institucional para aplicarla. De hecho, solo se tiene conocimiento de un caso en que un juez la decretó y se vio la administración de justicia en la imposibilidad fáctica de aplicarla. Se trata de figuras que requieren grandes inversiones técnicas y capacitaciones especiales.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, la medida ha sido ampliamente criticada por los jueces y en general por la comunidad jurídica: se trata, a juicio de numerosos jueces, de una medida extremadamente invasiva de la intimidad de las personas y que puede afectar en la práctica diversas garantías. Por esa razón, cuando la estructura estatal institucional esté en capacidad de aplicar esta medida los jueces deben adelantar de manera especialmente exigente el principio de proporcionalidad: un seguimiento electrónico permanente puede asegurar, como fin de esa medida, la comparecencia del imputado y su sometimiento al proceso; pero se trata, en este caso, como se ha dicho, de una medida de “control judicial”, especialmente invasiva y la demostración de la necesidad debe ser muy clara y muy explícita para el caso concreto.

B) OBLIGACIÓN DE SOMETERSE A LA VIGILANCIA DE UNA PERSONA O INSTITUCIÓN DETERMINADA

Se trata de una medida que no está reglamentada aún. Frente a ella han surgido en la práctica diversas preguntas: ¿quién está autorizado como “persona”, o incluso como institución, para adelantar la vigilancia? ¿Qué institución puede llevar

a cabo, de una manera sistemática, esta función de vigilancia? ¿Quién asigna a dicha institución o persona la función de vigilancia?

Es una medida que, al igual que la anterior, no se ha aplicado en la práctica. El aspecto central de esta inaplicación estriba en su falta de regulación o reglamentación. Su fin sería el de asegurar la comparecencia, mientras que el derecho afectado es el de la intimidad.

En general, debe decirse que las medidas de aseguramiento no tienen necesariamente un solo fin o una única finalidad; pueden tener varios, al mismo tiempo que pueden afectar diversos derechos o garantías. Por esa razón, para fines metodológicos se reseñan aquellas finalidades más claras y aquellos derechos que de manera más inmediata pueden verse o se ven afectados. Puede decirse, en esta dirección, que la intimidad es el derecho que de mayor manera está en juego con medidas que acentúan la función de vigilancia, mientras que la finalidad es asegurar la comparecencia.

C) LA OBLIGACIÓN DE PRESENTARSE PERIÓDICAMENTE O CUANDO SEA REQUERIDO ANTE EL JUEZ O ANTE LA AUTORIDAD QUE ÉL DESIGNE

La primera pregunta que surge frente a esta medida es la misma que se ha adelantado en relación con las anteriores: ¿quién controla aquella obligación de presentación periódica? En este caso particular, no obstante, la medida es más conducente desde el punto de vista práctico y de hecho ya hay casos en los cuales esta se ha decretado. La solución posible frente a las exigencias prácticas es que ella se lleve a cabo a través del Centro de Servicios Judiciales. En uno de los casos reseñados, con el nombre de "San Alejo" el juez ordenó a la persona que se presentará periódicamente de manera directa al Centro de Servicios. Pero puede darse el caso de que este mismo Centro asigne una autoridad correspondiente. De hecho, tal como fue ideado en su momento por el Consejo Superior de la Judicatura, el Centro de Servicios ha operado en la práctica, basado en el hecho de que existe una función como tal y de manera genérica, de control de garantías: es una función y no una reproducción de decisiones individuales. Por esa razón, este tipo de medidas pueden articularse para que funcionen en la práctica a través del Centro de Servicios Judiciales. Este debe verificar también el cumplimiento efectivo de la medida, de tal manera que la decisión no se convierta en una burla, de conformidad con el artículo 316 del Código.

La finalidad de esta medida, la comparecencia y el sometimiento a la administración de justicia se logran de manera proporcional con el derecho afectado; no es una medida muy invasiva de derechos y garantías y, como se dice, con ella

se puede dar cumplimiento, en un número de casos importantes, al principio de comparecencia. Se trata, por estas razones, de una medida interesante y que puede tener una aplicación práctica muy funcional al sistema.

D) LA OBLIGACIÓN DE OBSERVAR BUENA CONDUCTA INDIVIDUAL, FAMILIAR Y SOCIAL, CON ESPECIFICACIÓN DE LA MISMA Y SU RELACIÓN CON EL HECHO

Esta no es tanto una medida de aseguramiento. Se trata más de una especie de petición o de sugerencia del juez. Pero el juez no sugiere: ordena. Además, presenta el gran inconveniente y es la imposibilidad discursiva de ser fundamentada. ¿Cómo y con base en qué parámetros un juez le dice a una persona que se porte bien? ¿Cuántas cervezas, por ejemplo, se puede tomar una persona?, o ¿cómo se define qué sitios le están vedados para su diversión, de tal forma que se entiendan como parámetros para saber cuándo se observa buena conducta? Podría argumentarse que se trata de cosas evidentes y de la vieja noción del buen *pater familias*. Pero la vida hoy es mucho más compleja y en estas cuestiones no hay evidencias.

De otra parte, y como lo han señalado algunos jueces en reflexiones conjuntas adelantadas con el autor, este tipo de medidas tiende a producir confusión entre las órbitas del derecho y la moral. Ello es cierto y se suma al punto central de la imposibilidad de fundamentación práctica de la misma. Además, no se ve posible de manera coherente una argumentación constitucional sobre el fin de la medida, con presupuestos tan etéreos.

En el caso reseñado con el número 8, denominado “el pirata”, el juez, al cual se le ha solicitado la imposición de esta medida, responde al fiscal: “La medida de buena conducta, familiar, personal y social, es una medida de carácter moral sin una finalidad específica que pueda cumplir los objetivos constitucionales de la medida de aseguramiento y por el contrario vulnera la intimidad y el libre desarrollo de la personalidad. Por esta razón y por las antes expuestas no se decreta.” El juez insiste en la confusión entre moral y derecho, y en la inconducencia de la medida en relación con los fines constitucionales.

Hay un hecho que hay que estudiar con detenimiento y en relación con esta y otras medidas que se verán a continuación: su antecedente normativo, o un conjunto de normas en las que se encuentran disposiciones similares; es el primer proyecto de “alternatividad penal”, presentado por el Ejecutivo en el mes de agosto de 2003. (Se reseña aquí, porque se trata de una discusión paralela a la expedición del nuevo Código). En este proyecto –y de una u otra manera se han mantenido como característica en

los diversos pliegos de modificaciones, los nuevos proyectos y la nueva ley, llámeselos de Verdad, Justicia y Reparación, o de Justicia y Paz— se establecieron condiciones o requisitos para obtener los beneficios de no penalización de las conductas.

Por ejemplo, se establecía que “el condenado se comprometa a ejecutar actos que contribuyan efectivamente a la reparación de las víctimas, la superación del conflicto y el logro de la paz, de conformidad con la presente ley”, o que “el condenado se comprometa a no salir del país sin previa autorización judicial”. O que “el condenado se comprometa a informar todo cambio de residencia” o, finalmente, que “el condenado se comprometa a comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la sentencia, cuando fuere requerido para ello”. También se formularon requisitos que están colocados más en ámbito de la buena voluntad de los actores y más o menos en el mismo tono de una petición que de una orden: “Que el condenado haya hecho expreso su compromiso de no cometer en adelante delito doloso”. (Podría decirse: que observe buena conducta, aunque es un requisito más objetivo).

De alguna u otra manera, estos requisitos y otros que se comentarán pueden leerse y explicarse en el contexto altamente problemático y altamente politizado —en el cual la dogmática procesal penal y en todo caso la dogmática sustancial, no salen bien libradas— de estos esfuerzos legislativos ligados a posibles procesos de paz, pero no se trata de paradigmas que puedan ser extendidos sin más a todo el ámbito procesal. Por ejemplo, en escenarios de conflicto, respecto de los cuales se han concretado violaciones masivas de derechos humanos y afectaciones muy específicas a ciertas víctimas, es posible, con todas las dificultades del caso, que un juez establezca condiciones de observar cierto comportamiento y, en todo caso, que ordene comportamientos concretos respecto de ciertas personas; pero ello no es conducente, ni apropiado en el funcionamiento ordinario de la justicia penal: el juez se vuelve una especie de buen padre de familia que indica comportamientos librados a la buena voluntad de los destinatarios, y que son muy difíciles de cotejar o de controlar.

E) LA PROHIBICIÓN DE SALIR DEL PAÍS, DEL LUGAR EN EL CUAL RESIDE O DEL ÁMBITO TERRITORIAL QUE EL JUEZ FIJE

Esta medida, que sí tiene antecedentes en las regulaciones procesales, aunque no de manera tan amplia, también debe entenderse, al igual que la 6^a y 7^a, en relación con los proyectos de ley comentados. Muy particularmente, en escenarios de disputas territoriales en los cuales han tenido lugar delitos graves ligados a dichas disputas, adquiere mayor sentido una medida como la que se comenta. Nótese que su enunciado no solo se restringe, como es habitual en el Derecho Procesal Penal comparado, a la

prohibición de salir del país o del lugar, sino que se extiende a ámbitos territoriales concretos. No tiene mucho sentido en ciudades como las grandes capitales, pero sí lo tiene en lugares apartados, tanto más si se trata, como es el caso colombiano, de un territorio altamente fragmentado y quasi feudalizado.

En todo caso, el juez debe aplicar siempre y con especial tino el juicio de proporcionalidad, para evitar afectar una serie de derechos, como es el derecho al trabajo o, en todo caso, afectar el mínimo vital de la persona o expandir los efectos de la medida a terceros como es el caso de los familiares de la persona contra la cual se dicta la medida. No se trata tan solo de la afectación a la libre locomoción.

Debe tenerse en cuenta que para la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tal como se ha dicho previamente, la prohibición de salir del país ha sido considerada como una medida extrema.

F) LA PROHIBICIÓN DE CONCURRIR A DETERMINADAS REUNIONES O LUGARES

Es una medida que puede tener sentido también en escenarios especialmente conflictivos y que puede leerse en consonancia con la número 7. Esta se refiere a la “prohibición de comunicarse con determinadas personas o con las víctimas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa”. Si en un determinado lugar y frente a determinadas personas han ocurrido hechos especialmente graves y la persona investigada está relacionada de alguna forma con esos hechos, o está ligada a los escenarios en los cuales pueden darse habitualmente reuniones, tiene sentido esta medida. Por ejemplo: se han producido delitos contra personas que pertenecen a grupos religiosos que se reúnen periódicamente, o a grupos políticos y la persona investigada de alguna manera se liga a esos hechos; en estos casos, tiene sentido que el juez decrete este tipo de medida. Pero debe mirarse muy bien que el fin pretendido, que es alejar al sindicado o imputado de ciertos escenarios o ciertas personas, no se logre a costa, por ejemplo, de derechos como el de libre reunión.

El punto central que debe ser evaluado siempre por el juez y que determinará las variables con que aplique el juicio de proporcionalidad, tanto en relación con esta medida, como en relación con la anterior y con la número 7, es la relación íntima con el delito por el cual se investiga. Justo porque se trata de medidas que logran afectar núcleos familiares, el juez debe verificar siempre el hecho, el delito correspondiente.

Surge en todo caso, frente a estas medidas, la pregunta que se ha hecho aquí de manera general: ¿Quién controla el desarrollo o cumplimiento de la medida? ¿Cómo

se controla que una persona asista o no a una reunión? ¿Cómo se especifica que tal tipo de reunión se encuentra dentro de aquellas que están prohibidas? ¿Cómo se controla el hecho de que una persona esté efectivamente alejada de la víctima? Son cuestiones fundamentales, que nos conducen a indagar por las exigencias técnicas y materiales, sin las cuales no es posible un funcionamiento adecuado y mínimo del sistema.

En relación con las dos medidas que se comentan, tal como se ha dicho, hacen parte de estructuras centrales de los diversos proyectos de ley comentados. Y pueden identificarse, especialmente la No. 7, como ligadas a la tendencia hacia una justicia restaurativa. En el caso del proyecto de agosto de 2003, esta vez no como requisito, sino como " pena alternativa ", se establecía por ejemplo "la privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos". (Se incluían lugares en donde el actor haya delinquido o lugares de residencia de las víctimas). También "la prohibición de aproximarse a las víctimas o comunicarse con ellas". (Hasta por 10 años).

Estas eran penas alternativas, hoy se han mantenido como requisitos o condiciones para obtener beneficios y se ha hecho relación aquí a ellas, porque son los antecedentes a la regulación del tema en el nuevo Código. Pero, se insiste, en la aplicación ordinaria que el juez haga de ellas, su juicio debe ser muy estricto, debe adecuarse a las exigencias dogmático-penales y dogmático-constitucionales, de tal manera que adquieran sentido propio dentro del nuevo esquema procesal y no se vean como figuras extrapoladas de producciones normativas coyunturales y sujetas a decisiones político-criminales muy concretas. Aquí se trata de ir creando estructuras de comprensión conceptual del nuevo sistema procesal penal, alejadas de presiones o exigencias meramente coyunturales.

**G) LA PRESTACIÓN DE UNA CAUCIÓN REAL ADECUADA,
POR EL PROPIO IMPUTADO O POR OTRA PERSONA,
MEDIANTE DEPÓSITO DE DINERO, VALORES,
CONSTITUCIÓN DE PREnda O HIPOTECA, ENTREGA DE BIENES
O LA FIANZA DE UNA O MÁS PERSONAS IDÓNEAS**

Diversos jueces han expresado una preocupación frente a esta medida: ¿De qué manera es vinculado un tercero a ella? ¿Es obligado a pagar, simplemente porque se verifique que tiene los recursos? En este caso, con razón, se dice que las consecuencias se trasladan a un tercero. No obstante, se debe entender que el tercero, por ejemplo, el padre o el esposo o esposa de la persona objeto de la medida, debe expresamente manifestar su voluntad. Se trata de que una persona pueda apoyar a otra y que de esta manera se verifique un comportamiento adecuado frente a la investigación (tanto más de cara a la tendencia –que no es desde luego tan solo

económica– hacia la activación de mecanismos, por ejemplo, de derecho civil que mermen las consecuencias de una conducta delictiva).

En todo caso, debe tenerse siempre en cuenta, frente al juicio de proporcionalidad del juez, que se trata de la prestación como caución de bienes muy concretos que afectan la propiedad de las personas; y lo más importante, en atención a los niveles de selectividad del sistema penal que son casi estructurales en el caso colombiano, se debe tener en cuenta que no se puede condicionar la buena voluntad de una persona o su voluntad real de comparecer al proceso y de someterse a la justicia, al hecho de que ella cuente con recursos económicos. Con mucho tino, en esta dirección el Código establece claramente que “si se tratare de una persona de notoria insolvencia, no podrá el juez imponer caución prendaria”. No es un problema de ponderación: simplemente no se puede imponer la caución. (Debe agregarse, aunque es obvia la redacción, que la caución no opera para reforzar otras medidas, ella es en sí una medida independiente).

H) LA PROHIBICIÓN DE SALIR DEL LUGAR DE HABITACIÓN ENTRE LAS 6:00 P. M. Y LAS 6:00 A. M.

Se trata de una medida muy compleja y muy propia del caso colombiano, país que soporta niveles extremos de conflictividad; no existe en otros ordenamientos procesales y en relación con ella el juez debe extremar su juicio. Parece más una medida de orden público. A propósito, tal como se vio con el análisis de la captura administrativa, en nuestra tradición jurídica se han producido severas confusiones entre medidas de carácter procesal penal o penal sustancial, con medidas de orden público. Por ejemplo, la que se analiza es una especie de toque de queda. De hecho, en virtud sobre todo del estado de sitio anterior a 1991, fue una medida varias veces utilizada, pero no se trata de una medida procesal propiamente. También hace parte de requisitos o de medidas alternativas en los proyectos de ley mencionados en este acápite.

El fin de la medida podría ser el de alejar a la persona de ciertos escenarios en horas que se concibe más posible que se puedan afectar a terceros o las víctimas, por ejemplo. Pero tienen que ser muy bien evaluados los contextos. En el caso de Bogotá o de ciudades grandes no tiene mucho sentido: en la noche o en el día, se pueden cometer delitos; estos se cometen en todas las horas. Se puede en cualquier momento amenazar testigos o víctimas. No obstante, en ciertos lugares como zonas de conflicto, en relación con la movilización en horas nocturnas de actores comprometidos en delitos graves –piénsese en el desplazamiento forzado por ejemplo– sí puede tener algún sentido la medida.

En algunos de los escenarios de discusión abiertos por los jueces varios de ellos han cuestionado esta medida hasta el punto de considerarla, en la práctica, como una medida casi privativa de la libertad. Tal como se anotó en relación con la primera medida analizada, se trata de acciones altamente invasivas y que no solo afectan un derecho o garantía en particular, sino que logran afectar varios de ellos. Por eso, se insiste, el juez debe ser especialmente celoso en la aplicación del principio de proporcionalidad en relación con estas medidas.

XI. PRINCIPIO DE GRADUALIDAD Y ARMONIZACIÓN INTERPRETATIVA

Sea esta la oportunidad, luego de hacer referencia a todas las medidas, para enfatizar el hecho de que toda la estructura del artículo 307 y de las medidas de aseguramiento en general, se asienta sobre el principio de gradualidad. En esta dirección ha surgido, y con razón, debido a la contradictoria redacción de una norma del Código, una inquietud en los jueces, en relación con el artículo 315. Este dispone que “cuando se proceda por delitos cuya pena principal no sea privativa de la libertad, o por delitos querellables, o cuando el mínimo de la pena señalada en la ley no exceda de cuatro (4) años, satisfechos los requisitos del artículo 308, se podrá imponer una o varias de las medidas señaladas en el artículo 307 literal B, siempre que sean razonables y proporcionadas para el cumplimiento de las finalidades previstas”.

Parecería que el artículo restringe, de acuerdo con los tres supuestos establecidos en su primera parte, que las medidas alternativas a la privación de la libertad solo se pueden aplicar en los tres ámbitos mencionados. Es decir, cuando se trate entonces de delitos sancionados con penas mayores a los cuatro años, el juez tan solo tendría la opción de escoger entre la detención preventiva y la domiciliaria. O, como lo han aplicado algunos jueces, de no decretar estas; en este caso, no se decretaría ninguna. Sin embargo, y luego de discutir con diversos jueces y de ver diferentes respuestas en la práctica, se puede concluir que el principio de gradualidad opera para todas las medidas y que no se restringe a los ámbitos previstos en la primera parte del artículo 315. Es decir, un juez, luego de aplicar el principio de proporcionalidad y luego de verificar la necesidad de una medida, en relación con una conducta sancionada con pena mayor de 4 años, puede perfectamente decretar una de aquellas medidas previstas en el literal B del artículo 307.

Esta tesis se refuerza con el enunciado último del artículo 307 ya citado, que tiene una redacción genérica, que se refiere a todas las medidas y, en ningún caso, solo a algunas de ellas, por ejemplo, a las del numeral B. Dice la norma: “El juez podrá imponer una o varias de estas medidas de aseguramiento, conjunta o

indistintamente, según el caso, adoptando las precauciones necesarias para asegurar su cumplimiento". Lo importante es la conducencia de la medida, su necesidad de acuerdo con los fines –legales y constitucionales– que la asisten. Lo importante es también y desde luego, que tal como lo dice la norma, se cumplan "los requisitos del artículo 308".

Si se interpreta el Código de tal forma que el juez, cuando se trate de un hecho sancionado con pena mayor de 4 años, solo tiene a su disposición las medidas privativas de la libertad, entonces se restringiría al máximo la labor del juez de control de garantías y este podría tender entonces, en casos donde la necesidad no es tan evidente para restringir la libertad, a restringirla en efecto, ya que no tiene a su disposición un catálogo más abierto de medidas. Se vería forzado, en virtud de la presión por la "lucha contra la impunidad", a restringir siempre la libertad; al contrario, el juez tiene diversas opciones. Por ejemplo, en el caso de un "raponazo" con cierta violencia que no sea con arma blanca, la conducta excede de los cuatro años en principio, pero el juez no necesariamente tendría que decretar la detención preventiva; en este caso, el juez tendría a su disposición un conjunto de medidas que son las previstas en el numeral B) del artículo citado.

Hay otro problema que surge con el artículo 315: este se refiere, en una de sus variables, al hecho de que "el mínimo de la pena señalada en la ley no exceda de cuatro (4) años...". Mientras tanto, el numeral 2 del artículo 313 establece que procede la detención preventiva en el caso de los "delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años". En este, el presupuesto es que sea o exceda de la cifra, mientras que en el 315 se refiere al caso de que exceda de esos cuatro años. Frente a las dos disposiciones surge la siguiente pregunta: ¿Qué pasa cuando se trata de conductas delictivas cuyo *quantum punitivo* sea de cuatro años exactamente?

Ya hay algunos casos fallados y, de manera general, los jueces han buscado armonizar las normas, de tal suerte que cuando se trate de conducta sancionada con un mínimo de cuatro años exactamente, se ha interpretado que esa conducta está bajo el ámbito previsto para la detención preventiva o domiciliaria. Ejemplos son algunas normas exóticas del Código Penal, como el artículo 358 que se refiere a la importación o uso, entre diversas otras conductas, de sustancias radioactivas o nucleares, o el 361 que se refiere a la introducción de residuos nucleares o desechos tóxicos; pero también hay otras normas ajustadas más a nuestra realidad, como el 366 que se refiere a la fabricación o tráfico o porte de armas de uso privativo de las fuerzas armadas, o el constreñimiento a un sufragante previsto en el artículo 387. En estos casos, los jueces en su interpretación han seguido la redacción del artículo

315 que hace referencia al mínimo que no exceda de cuatro años. En cualquier caso, y tal como aquí se ha establecido, el ámbito punitivo no es de ninguna manera por sí mismo una razón automática para decretar una medida restrictiva de la libertad. Es un criterio legal, que debe armonizarse y ponderarse con otros.

XII. “TEORÍA DE LOS DOS NIVELES”: UNA HERRAMIENTA DE AYUDA POSIBLE PARA EL JUEZ

Se considera pertinente, en relación con lo expuesto aquí acerca de las nuevas exigencias y desafíos que se abren hoy al juez en función de la interpretación jurídica, reseñar una herramienta, un test de interpretación que, si bien no se aplica tan directamente respecto de las medidas de aseguramiento, sí es de utilidad para el juez de control de garantías respecto a diversos eventos muy complejos y exigentes.

Si bien es cierto que en el derecho procesal penal comparado y en la jurisprudencia es el principio de proporcionalidad la herramienta de interpretación que más consenso ha generado, el Tribunal Constitucional alemán ha desarrollado un test de ponderación denominado “teoría de los dos niveles”, que puede ser muy útil al juez de control de garantías, particularmente en eventos donde controle la interceptación de comunicaciones o la recepción de correspondencia.

Se ha aplicado, sobre todo, en casos de posesión que ha hecho la Fiscalía General de material de evidencia muy privado, íntimo o confidencial, pero que no supone que el hecho sea en principio ilegal. Por ejemplo: la policía encuentra un diario con confesiones íntimas ligadas a una conducta delictiva, en el marco de diligencias legales; o el diario lo obtiene la policía de manos de un tercero.

En razón del vacío legal que existe en nuestro Código, la teoría mencionada es importante por la ayuda metodológica que aporta. Su fundamento, en el caso alemán, ha sido el artículo constitucional que protege la dignidad humana (tal como el caso colombiano) y el artículo sobre libre desarrollo de la personalidad humana (igualmente previsto en nuestro ordenamiento constitucional).

De acuerdo con la teoría, existe una diferencia entre el “área nuclear de un estilo personal de vida” que entraña el concepto más claro del libre desarrollo de la personalidad humana y el respeto por la dignidad, y la mera privacidad de una persona.

El principio es que el material escrito o grabado en el cual se expresan las tendencias sexuales, religiosas, morales o delictivas de una persona investigada hacen parte del núcleo intangible de la personalidad humana.

La teoría, en el caso concreto, opera en dos niveles:

1. Cualquier prueba relacionada o que afecte el núcleo esencial o la denominada “área inalienable de su vida personal” debe ser considerada automáticamente como inadmisible.

2. Si se trata de una prueba que compromete el resto, no nuclear, de la privacidad de una persona, el juez entrará a evaluar de una parte el interés estatal en la persecución de la conducta delictiva y, de otra, la protección de la individualidad.

Casos en los cuales se ha aplicado la teoría:

1. Un adicto que informa a su médico sobre su adicción en una carta que no fue enviada y, a pesar de que dicha carta fue concluyente frente a la averiguación sobre un delito de narcotráfico, la información no pudo ser utilizada en el juicio.

2. Registros privados realizados por una mujer sobre las conductas punibles de su marido no han podido ser usados para probar su culpabilidad. (En el caso colombiano, las previsiones del artículo 8 del C. P. P. pueden servir de apoyo al juicio del juez en este caso).

3. El uso de información sobre una relación íntima de una mujer, escrita en su diario, no puede utilizarse para probar que la mujer es culpable de falso testimonio al haber declarado en un proceso, bajo juramento, que dicha relación no existió. Tal como lo anota Roxin, “la confrontación íntima y sin reserva consigo mismo en el diario, que además no trata del hecho concreto, es el prototipo de una autorreflexión de carácter absolutamente personal está protegida por la dignidad humana. La indicación relativa a la gravedad del delito del acusado tampoco puede justificar una utilización probatoria en este caso”⁹¹.

Las dificultades de la teoría, muy evaluadas por Claus Roxin, surgen cuando se trata de delitos graves. Por ejemplo, la misma jurisprudencia alemana se ha apartado

⁹¹ Claus Roxin. “La jurisprudencia del tribunal supremo con respecto al derecho procesal penal”, en: Claus Roxin. *Passado, presente y futuro del derecho procesal penal*, Procuraduría General de la Nación, Bogotá, noviembre de 2004, p. 120. Es importante reseñar la distinción que hace Roxin entre la afectación de la dignidad y cuando se trata de la afectación de la libertad de expresión. Se trata de un criterio de valoración interesante para el juez, ya que según el autor, “los registros secretos de conversaciones en todos los casos decididos no vulneran la dignidad humana en el sentido de afectar aquel núcleo esencial interno. Cuando los hombres conversan sobre sus negocios punibles o sobre una declaración judicial futura, entonces es la libertad de expresión la parte constitutiva de su derecho individual. Pero una intromisión en esa libertad no toca el núcleo esencial de la personalidad y con ello la dignidad humana”. De aquí concluye el autor, incluso en oposición al tribunal supremo, que “las conversaciones telefónicas pueden ser auscultadas cuando subsistan las condiciones legales para hacerlo”. (Ibidem, p. 120).

de la teoría, en el caso de homicidios perpetrados con sevicia. Se dice que el costo para la administración de justicia es muy grande, cuando homicidios de carácter agravado pueden quedar impunes por la preservación de la esfera de la intimidad.

Los delitos extremadamente graves, en consecuencia, pueden ser una limitación válida en la aplicación general del principio.

XIII. “CAUSALES DE LIBERTAD”: ¿HACIA UNA PREVALENCIA EFECTIVA DEL PRINCIPIO DE LIBERTAD?

El artículo 317 del nuevo Código de Procedimiento Penal contiene aquellas circunstancias que dan lugar a otorgar la libertad al imputado que ha sido objeto de la imposición de medidas cautelares. La norma establece que las “medidas de aseguramiento indicadas en los anteriores artículos tendrán vigencia durante toda la actuación”. Enseguida, la norma aclara tajantemente que “la libertad del imputado o acusado se cumplirá de inmediato...”. Luego, reseña los eventos en los cuales deberá ordenarse la libertad del imputado⁹².

Lo primero que es necesario advertir en relación con la norma es que ella debe interpretarse en clave garantista, en función de la advertencia que hace el mismo Código,

⁹² Antes de desarrollar estos eventos, cabe reseñar aquí un hecho con interés desde el punto de vista del derecho comparado. En una discusión del autor con profesores alemanes, en relación con las declaraciones del estado de conmoción interior motivadas por la supuesta salida masiva de presos de las cárceles y a partir de las interpretaciones encontradas sobre el alcance del parágrafo del antiguo artículo 415 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991), y en relación con el título de la norma, “libertad del procesado”, se generó la siguiente discusión. Para Heike Jung y Guido Britz, profesores de derecho procesal penal comparado de la Universidad del Saarland, en el verano de 1998, suscitó un interés particular la existencia de una norma que hiciera referencia explícita a causales que dan lugar a otorgar la libertad. Al contrario, dijeron: lo que deben existir son las causales que regulen expresamente las condiciones bajo las cuales se puede restringir la libertad, no para los eventos en que esta se otorga. El punto de partida era claro: si la condición natural del hombre en sociedad es la libertad, entonces el derecho procesal penal debe regular tan solo los casos en los cuales de manera excepcional ella se restringe, no los casos en los cuales ella se otorga. Por ello causaba hilaridad una norma que se refiriera a la “libertad del procesado”. Se les explicó, no obstante, que esta norma era muy importante, pues el principio general que había hecho tradición era la restricción de la libertad y por eso era de especial interés reseñar los eventos en que ella se recobraba. En este sentido, el nuevo Código, como se ha advertido desde el principio, al aclarar el carácter excepcional de la restricción de la libertad, avanza de manera fundamental. De hecho, el artículo que se estudia, que hace referencia a las causales de libertad, debe ser leído en función de dicho avance y corresponde a la comunidad jurídica, y muy particularmente, a los jueces de control de garantías, hacer que en la práctica se haga efectivo el principio de restricción excepcional de la libertad.

acerca del carácter excepcional de la restricción de la libertad y en relación con todo lo dicho hasta ahora. Se advierte, de entrada, en la norma, que no hace referencia a causales que han significado en la práctica que la detención preventiva obre como pena anticipada. Recuérdese por ejemplo el numeral 2 del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal de 1991, que establecía el derecho a la libertad provisional, cuando “en cualquier estado del proceso hubiere sufrido el sindicado en detención preventiva un tiempo igual al que mereciese como pena privativa de la libertad por el delito que se le imputa, habida consideración de la calificación que debería dársele”.

Si se tiene en cuenta que se trata aquí, en general, de delitos de especial gravedad, esta norma —que traducía un hecho notorio en la práctica— ha expresado la posibilidad de que un acusado permanezca en detención preventiva, sin haberse declarado nunca responsable, el mismo tiempo previsto para la sanción de la conducta investigada. Es decir, una cantidad de años que desvirtúa cualquier sentido o cualquier justificación que tenga la adopción de la medida provisional. Incluso si la medida de aseguramiento se llega a considerar como una pena, la detención en estas circunstancias va más allá de la justificación de las propias penas. (En ellas la duración, en función de los fines y principios de la pena, también es un motivo de arduas discusiones).

Así, entonces, una disposición como esta equivale en la práctica a una especie de “declaración de bancarrota” estatal, en virtud de la cual se reconoce que no se tienen los medios para investigar razonablemente el hecho cometido por una persona, y por eso es posible que ella permanezca años en detención preventiva sin ser hallada responsable.

El artículo 365 de la Ley 600 de 2000, que también conservó la denominación equívoca de “libertad del procesado”, conservó igualmente esta causal de manera inexplicable, ya que el Código fue elaborado teniendo en cuenta los preceptos constitucionales y el principio de integración. No obstante, la jurisprudencia, tanto constitucional como penal especializada, se encargó de limitar sus efectos en la práctica. Por ejemplo, defendiendo el postulado constitucional de la presunción de inocencia, la Corte Constitucional señaló que “se debe insistir en que la finalidad de la detención no es reemplazar el término de la pena y que la posibilidad del cómputo previsto en la ley no genera el poder para la autoridad judicial de disponer de la libertad del sindicado hasta que se cumpla el término que dure la pena, ya que de admitirse esta circunstancia se vulneraría flagrantemente la presunción de inocencia y el debido proceso, ya que se cumpliría anticipadamente una sanción sin haberse declarado judicialmente la responsabilidad de un sindicado”⁹³.

⁹³ Corte Constitucional, Sentencia No. C-774 de 2001, Rodrigo Escobar Gil. Fundamento 5.5.

La Corte insiste y limita el carácter de pena anticipada que ha tenido la detención preventiva en la práctica: “Es preciso condicionar la constitucionalidad de las disposiciones que consagran la figura del cómputo de la detención en el sentido de limitar, en las circunstancias de vacío legal, su término de duración a un plazo razonable, justo y proporcional con el fin de evitar que la medida se convierta en un anticipado cumplimiento de la pena”⁹⁴. Todo el avance que se ha dado en los últimos años en relación con la noción de “tiempo razonable”, en función de la detención de una persona, significa un esfuerzo para evitar que en la práctica se vuelva a convertir la detención preventiva en una pena anticipada⁹⁵.

A) DIFICULTADES PARA INVESTIGAR VS. LIBERTAD DEL IMPUTADO: UNA FALSA DISYUNTIVA

Los argumentos que de manera tradicional se han esgrimido para justificar la existencia de causales como la que se han mencionado subrayan el hecho de la

⁹⁴ Ibídem, Fundamento 5.5. En el nuevo Código no existe una disposición semejante y no es necesario hacer esfuerzos jurisprudenciales adicionales para establecer el carácter limitado de la detención preventiva. (Como se verá más adelante, la ambigüedad de la noción de “determinación anticipada” de la pena, que trae el artículo 317 inciso 1, no debe interpretarse como una disposición *sui generis* que permita de nuevo pensar que una persona detenida provisionalmente pueda permanecer en establecimiento carcelario el mismo tiempo previsto de manera abstracta en la sanción penal de una conducta). Pero es una causal que hay que trabajar muy detenidamente e interpretarla en consonancia con todas las normas que regulan la libertad.

⁹⁵ La noción de tiempo razonable ha sido una preocupación manifiesta tanto en la jurisprudencia internacional como en la nacional, en este caso manifiesta en la sentencia No. C-774. También lo ha sido en la doctrina. Al respecto, debe reseñarse el muy importante texto de Daniel Pastor que analiza todas las cuestiones pertinentes en relación con el problema: la jurisprudencia internacional, la historia del derecho fundamental del imputado a ser juzgado en un tiempo razonable y los casos en que esta historia se ha venido configurando, las consecuencias jurídicas de un proceso penal excesivamente largo, etc. El trabajo se denomina: *El plazo razonable en el proceso del estado de derecho. Una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*”, Ad Hoc y Fundación Konrad Adenauer, Buenos Aires, 2002. También se debe destacar el trabajo de Santiago Ottaviano, dedicado, a partir de la interpretación de los instrumentos internacionales y de la jurisprudencia, a la limitación temporal de la prisión preventiva. “La prisión preventiva: presupuestos para su dictado y limitación temporal”, en Luis M. García. *Los derechos humanos en el proceso penal*, Depalma, Buenos Aires, 2002, p. 203 y ss. En los países que han asumido un sistema acusatorio, una de las preocupaciones centrales, en el proceso de evaluación del sistema, ha sido la referida a la duración de los procesos y, en este contexto, a la razonabilidad de los términos de la duración de la detención preventiva. Es el caso de la investigación dirigida por Adrián Marchisio, *La duración del proceso penal en la República Argentina a diez años de la implementación del juicio oral y público en el sistema federal argentino*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2004. Este punto representará sin duda, en el caso colombiano, una de las fuentes más importantes de evaluación del nuevo sistema hacia el futuro.

existencia de dificultades extremas que el Estado debe afrontar para llevar adelante las investigaciones: habría una especie de tensión entre dificultades estructurales de la administración de justicia, y libertad del imputado. Durante años se ha llegado a defender la tesis según la cual dichas dificultades estructurales, articuladas sin mucha claridad a una especie de interés general muy difuso, pueden prevalecer sobre la libertad, de manera que el imputado debe soportar el peso y costo de ellas. Es un argumento que hoy se hace insostenible y el nuevo Código, de manera consistente, pretende evitar situaciones derivadas de estos argumentos.

La tensión enunciada se manifestaba igualmente en otro tipo de causales que también originan extrañeza desde el punto de vista del derecho comparado: el Código de Procedimiento Penal de 1991 establecía en el numeral 4º del artículo 415 que se obtendría la libertad provisional “cuando, vencido el término de ciento veinte días de privación efectiva de la libertad, no se hubiera calificado el mérito de la instrucción. Este término se ampliará a ciento ochenta días, cuando sean tres o más los imputados contra quienes estuviere vigente detención preventiva”.

Este precepto se repetía en el Código de Procedimiento Penal de 2000 (Ley 600 de 2000), con igual tenor en el numeral 4º del artículo 365. La razón de dicha norma: es más difícil para el Estado investigar a varios individuos que hacerlo respecto de uno o dos. Esto puede tener alguna lógica, en la manera como tradicionalmente se ha operado en nuestro país frente a la libertad, pero carece de ella si se considera, como con acierto lo enfatiza el nuevo Código, que la restricción de la libertad es excepcional. Es cierto, y en los casos del crimen organizado lo es más que cuando se trata de varios sindicados la investigación se torna más difícil y compleja. Pero ello constituye una variable con relevancia tan solo para ponderar la noción de plazo razonable, y no una razón para duplicar, de entrada, los términos legales contemplados para conceder la libertad.

B) EL SUJETO DEL PROCESO PENAL COMO UN FIN EN SÍ MISMO

Toda la reflexión penal desde la Ilustración ha estado marcada por la idea de que el sujeto de una acción penal permanece como sujeto de ella, y nunca debe convertirse en objeto de ella; es decir, como lo enfatizara Kant, el ser humano es siempre un fin en sí mismo y por lo tanto no puede ser instrumentalizado en función de otros fines. Tampoco puede ser sacrificado en función de propósitos institucionales o, en el caso que se estudia, en razón de dificultades que el Estado debe resolver sin hacerlo a despensas de la libertad del individuo particular. Para un imputado que está solo no tiene relevancia el hecho de que el Estado pueda necesitar más tiempo para investigar a varias personas. El que sufre la detención la sufre solo y por eso es irrelevante el

hecho de estar involucradas otras personas. El uso excepcional de la restricción de la libertad vale tanto para uno como para varios imputados. Con acierto y razonabilidad, el nuevo Código de Procedimiento Penal no contiene una causal de este tenor dentro de las previstas en el artículo 317, de manera que, independientemente del número de procesados, los términos deben cumplirse estrictamente.

Dos disposiciones de la norma se refieren específicamente a los términos procesales. El numeral 4º establece que se obtendrá la libertad “cuando transcurridos sesenta (60) días contados a partir de la fecha de la formulación de imputación no se hubiere presentado la acusación o solicitado la preclusión conforme a lo dispuesto en el artículo 294”. Luego, el numeral 5º establece que se obtendrá “cuando transcurridos sesenta (60) días contados a partir de la fecha de la formulación de la acusación no se haya dado inicio a la audiencia de juicio oral”.

En relación con el numeral 4º se ha presentado una situación en la práctica que es necesario comentar y evaluar.

Hay dos posturas claramente identificadas en relación con ella. Una postura es negativa frente a la concesión de la libertad, de conformidad con el numeral 4º del artículo 317, cuando solo se ha presentado el escrito de acusación.

Consideran, los que sostienen esta postura, que al leer la causal comentada, el Código utiliza la palabra *presentación* y dicha expresión debe entenderse en el sentido de que el solo escrito de acusación es suficiente para tenerse como presentada la acusación. En consecuencia, el escrito que la contiene, presentado dentro de los 30 ó 60 días siguientes a la imputación, se convierte en un impedimento legal para que proceda la libertad; ello, en razón a que la acusación habría sido presentada dentro del término previsto, evento en el que no cabe lo dispuesto por la causal de libertad que es objeto del presente razonamiento.

Agregan, además, que de la lectura del artículo 336 que se encuentra previsto dentro del libro III del juicio, título I, De la acusación, y capítulo I, De los requisitos formales, se desprende que no es necesaria la formulación de acusación en audiencia y que solo basta el escrito de acusación como lo prevé el artículo 336. En estas circunstancias, dicho memorial acusatorio impide la eficacia de la causal de libertad ya reseñada. Manifiestan, además, que el legislador sigue utilizando la palabra “escrito” en el artículo 337 que se refiere al contenido de la acusación y a documentos anexos.

Por su parte, la otra postura, respecto de la cual existen también casos fallados, es una postura favorable a la concesión de la libertad, de conformidad con el artículo 317, numeral 4º, cuando tan solo se ha presentado escrito de acusación.

Esta lectura se fundamenta en una interpretación sistemática de la normativa ya reseñada, además, evaluada en concordancia con los artículos 175, 294, 339 del estatuto procesal. De acuerdo con algunos jueces, se colige de forma razonable que la acusación no es la simple presentación de un escrito con sus anexos ante el juez de conocimiento. De conformidad con el artículo 339, solo hasta la audiencia de formulación de acusación se ordena el traslado del escrito a las demás partes y, en este sentido, es que se entiende que ha tenido lugar la verdadera acusación, pues allí la defensa sabe por primera vez con certeza y precisión jurídica cuál es la acusación que se le hace al hasta entonces imputado, y desde ese momento acusado; pero no solamente en qué consiste la acusación, sino las pruebas que la sustentan –deberá existir allí un descubrimiento de pruebas por parte de la Fiscalía, tal y como lo prescribe el 344 del Código–.

En estas condiciones, según los funcionarios, cabría decir que “la acusación es la formulación de la misma en audiencia”. Ello significa que “solo hasta ese momento procesal, existe materialmente la misma, pues antes, la defensa no ha tenido la oportunidad de saber su contenido”, lo mismo aquello que se le sustenta probatoriamente⁹⁶. Esa sería la razón de ser de la audiencia de formulación De la acusación que hace parte del capítulo II, sobre audiencia de formulación de acusación, del título I, de la acusación y del libro III del juicio en el nuevo Código de Procedimiento Penal.

Habría que tenerse en cuenta, además, según los funcionarios, que dicha ubicación de la formulación de acusación refleja el hecho de que el legislador ha querido darle una preponderancia fundamental a la misma y, por ello, ha denominado el capítulo como de “audiencia de formulación de acusación”. De allí se deduce que la misma se debe realizar de manera pública, en un escenario en el cual la defensa tenga la posibilidad de controvertir y pedir descubrimiento de prueba a la Fiscalía, y esas circunstancias solo son viables en audiencia y no con el simple escrito, pues de este solo se da traslado en la audiencia mencionada.

Por esa razón, finalmente, consideran algunos jueces que el escrito no es la acusación y, por lo tanto, si la audiencia no se realiza en las condiciones anotadas en el Código, dentro de los 60 días a los cuales hace referencia el artículo 317, numeral 4º, la consecuencia jurídica irremediable sería otorgar la libertad del imputado, inclusive la preclusión de la investigación que se ha llevado en su contra.

⁹⁶ Esta expresión ha sido tomada de la exposición del juez Carlos Alberto Moreno al *Conversatorio interinstitucional* celebrado el 8 de marzo de 2005 ya reseñado, sobre medidas de aseguramiento.

Como se ve, se trata de un asunto complejo y discutible: la sola previsión de los términos no brinda toda la claridad. En uno de los casos fallados, de acuerdo con esta última postura, se produjo una reacción fuerte de la Fiscalía que es contraria a dicha posición. Lo cierto es que se hace necesario encontrar fórmulas más estandarizadas en función de estos preceptos, tanto más es ello necesario, cuando se trata de expresiones más etéreas, como es el caso de la noción de “determinación anticipada”.

XIV. LOS NUEVOS DESAFÍOS INTERPRETATIVOS EN RELACIÓN CON LAS CAUSALES DE LIBERTAD

Son otros, desde luego, los desafíos que surgen para la comunidad jurídica con la nueva normativa. Por ejemplo, el numeral 3º del artículo 317 hace referencia a la obtención de la libertad “como consecuencia de las cláusulas del acuerdo cuando haya sido aceptado por el juez de conocimiento”. En ello, que hace parte de los fines y la estructura del nuevo proceso, hay que trabajar para ir desarrollando fórmulas de interpretación de los eventos, a partir del respeto de las normas rectoras y del andamiaje constitucional. Es el caso del numeral 1º que hace alusión a estos hechos: “Cuando se haya cumplido la pena según la determinación anticipada que para este efecto se haga, o se haya decretado la preclusión, o se haya absuelto al acusado”.

Esta norma debe interpretarse de acuerdo con el principio de plazo razonable y haciendo acopio de jurisprudencia constitucional y legal, y de los instrumentos internacionales y su jurisprudencia. El punto de partida es que la detención preventiva no es una pena anticipada. La redacción es muy ambigua y no existen muchos antecedentes que permitan reconstruir los alcances de este enunciado. Es desafío interpretarlo de acuerdo con la estructura del Código, referida a fórmulas de terminación anticipada, etc. La Corte Constitucional jugará aquí un papel central en la interpretación, frente a demandas de inconstitucionalidad que ya han sido presentadas, y el punto de partida será, sin duda, como se advierte, la noción de plazo razonable.

En ningún caso, se insiste, esta causal –con su prescripción ambigua de “determinación anticipada” de una pena– puede significar que el imputado permanezca en prisión un tiempo similar y, mucho menos, el equivalente al tiempo previsto para la punibilidad de la infracción. Desde ahora es necesario advertir que si esta causal no se interpreta de una manera estricta, puede dar al traste con toda la estructura en función de la prevalencia del principio de libertad en el nuevo Código.

Varios nuevos interrogantes surgen en relación con esta causal. ¿La determinación anticipada presupone, entonces, que sea el abogado quien adelante

primero el ejercicio de determinación? ¿Es él quien debe hacer caer en cuenta al juez de la ocurrencia de la causal de libertad. Pero, ¿si el abogado no lo hace? Si no se produce el ejercicio previo de determinar anticipadamente, de acuerdo con las disposiciones complejas del artículo 60 del Código Penal, ¿qué ocurre? En este caso, ¿puede permanecer una persona privada de la libertad, incluso por un tiempo más indefinido? ¿Dónde queda, en consecuencia, el principio de celeridad con base en el cual se ha montado toda la estructura normativa del nuevo Código? Una mala aplicación de esta causal podría ser más perniciosa que aquellas que consagraban la posibilidad de permanecer detenida una persona el mismo tiempo de sanción establecido en el tipo penal correspondiente.

Se trata de un aspecto extremadamente delicado. El hecho de que en la práctica una persona pueda permanecer, como ha ocurrido tantas veces, en prisión preventiva un tiempo similar o equivalente a la sanción prevista en la norma, no significa que se siga claudicando ante un hecho tan irregular y que, como se ha dicho, representa una especie de declaración de bancarrota estatal-institucional. Desde ya hay que ir ajustando la estructura del nuevo Código en función de plazos razonables, del cumplimiento estricto de los términos establecidos por el legislador. En el caso del numeral 1, se deben tener en cuenta las variables que la Corte Constitucional y el derecho procesal penal comparado han establecido para establecer la existencia de un plazo razonable.

XV. EL PLAZO RAZONABLE EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

La jurisprudencia internacional ha sido clara al respecto. En el contexto del Sistema Interamericano se ha interpretado la noción de plazo razonable a partir del artículo 8.1 de la Convención. El punto de partida ha sido la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en varios fallos en los cuales se analizó este concepto, pues el artículo de la Convención Americana es equivalente, en lo esencial, al artículo 6º del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Los tres aspectos que se destacan en función del juicio frente al plazo razonable son tres:

1. La complejidad del asunto.
2. La actividad procesal del interesado.
3. La conducta de las autoridades judiciales.

Así, por ejemplo, en el caso Suárez Rosero, se estableció que con fundamento en las consideraciones precedentes, al realizar un estudio global del procedimiento en la jurisdicción interna contra el señor Suárez Rosero, la Corte advierte que dicho procedimiento duró más de 50 meses. Se establece entonces: “En opinión de la Corte, este período excede en mucho el principio de plazo razonable consagrado en la Convención Americana”⁹⁷. En otras oportunidades la Corte se ha referido a tres años como un tiempo que excede la noción de plazo razonable.

También el juez constitucional colombiano ha desarrollado variables para ponderar esta noción. En la providencia de 2001, varias veces citada y a propósito de las dificultades para el cómputo de la detención preventiva, la Corte establece que es necesario precisar, en relación con dicho cómputo (artículo 406 del decreto 2700 de 1991 y 361 de la Ley 600 de 2000), que “es un deber ineludible de las autoridades judiciales en cada caso evitar que la medida se prolongue más allá de un lapso razonable”⁹⁸.

La Corte, además, reseña las variables que pueden tenerse en cuenta para establecer dicho lapso. De esta forma, agrega que el “término razonable, proporcional y justo, debe ser valorado por las autoridades judiciales en cada caso, siguiendo los siguientes parámetros: la efectividad de la duración (amoldar la detención a sus objetivos), el tiempo actual de detención, su duración en relación con la ofensa, los efectos de la conducta punible, los efectos materiales y morales para el sindicado, la conducta de las autoridades judiciales, entre otras”⁹⁹. Podría agregarse, más aun en el caso colombiano, la consideración sobre las condiciones objetivas del sistema carcelario y su impacto sobre la dignidad de las personas¹⁰⁰.

⁹⁷ Corte-IDH, caso Suárez Rosero, sentencia del 12 de noviembre de 1997.

⁹⁸ Corte Constitucional, Sentencia No. C-774 de 2001. Fundamento 5.5.

⁹⁹ Ibídem, Fundamento 5.5.

¹⁰⁰ Daniel Pastor introduce en su libro citado elementos que pueden servir de base para el tratamiento de las variables propuestas por la Corte. El punto de partida para configurar variables de uso para los jueces está, según el autor, en asimilar y aprovechar los límites legislativos que se han colocado de manera general al proceso, como límites específicos para el término de la detención preventiva. Esto, sobre todo, cuando la ley es ambigua y no hay términos precisos-propios para la duración de la medida. El autor, por demás, da cuenta, como aquí se ha afirmado, de “que la cuestión de la prisión preventiva es hoy uno de los problemas centrales del sistema penal”. Ello, entre otras razones, debido a que ella ha sido utilizada “como una herramienta más para el combate de la delincuencia” y como “pena en la medida en que su duración no está estrictamente limitada”. (Daniel Pastor, *op. cit.* p. 480).

XVI. EL PLAZO RAZONABLE EN EL DERECHO COMPARADO

Un ejemplo de derecho comparado puede servir para ilustrar el tema general del plazo razonable, específicamente referido a la detención preventiva. Es el caso alemán. En ese país existen términos fijos para recobrar la libertad. En la mayoría de casos se obtiene la libertad a los tres meses y en ciertos casos, de acuerdo con el artículo 121 del ordenamiento procesal alemán, puede tener lugar la detención preventiva por más de seis meses. En estos casos, no decide tan solo un juez, sino que se trata de una decisión colegida, es decir, los fundamentos de la Fiscalía serán más rigurosamente evaluados y, como establece el artículo 122, para dicha evaluación se escuchará tanto al imputado como a la defensa. Enseguida, el artículo 122^a establece que el máximo de duración de esta medida, una vez se ha establecido que puede ser mayor de seis meses, será de un año. Se trata de un ejemplo de razonabilidad que hoy en día es tomado en consideración en el derecho comparado¹⁰¹.

Es cierto que la estructura judicial nuestra no es comparable con la de ciertos países y la capacidad de investigación no lo es tampoco; no obstante, hoy en día –máxime si se apuesta por un proceso penal lleno de elementos técnicos y rico en exigencias técnicas y modernas de actuación procesal– ya no es en ningún sentido convincente el argumento de que las dificultades para investigar y para guiar un proceso ameritan que una persona se encuentre detenida, “preventivamente”, por dos, tres o más años. Incluso el mismo caso alemán ha merecido en su país también críticas doctrinales y se ha exigido que el uso de la detención sea más restringido.

Vale, en este sentido, la siguiente advertencia que es genérica para todos los ordenamientos: “Dentro de las medidas establecidas para garantizar la seguridad del proceso, la detención preventiva constituye la más decisiva intervención en el ámbito de la libertad personal. Es de reconocer, no obstante, que también se trata, en muchos casos, de una medida insustituible para el funcionamiento eficaz de la administración de justicia. El orden interno de un Estado se manifiesta a sí mismo en la manera como ese conflicto se resuelva. Los Estados totalitarios, al edificarse sobre la antítesis falsa entre Estado y ciudadano, fácilmente hacen prevalecer a toda costa el interés del Estado en el marco del proceso penal. En un Estado de derecho, en cambio, la regulación de dicho conflicto no pasa por la antítesis entre Estado y

¹⁰¹ En el caso por ejemplo de los informes presentados por miembros de 6 países de la región, en el IV Curso Regional de Derechos Humanos de la Comisión Andina del Perú en octubre de 2004 ya reseñado, hubo consenso en que el máximo de duración de la detención preventiva debería ser de un año, incluso si se trata de casos especiales de crimen organizado o de justicia penal de emergencia.

ciudadano. El Estado, al contrario, está obligado a garantizar las dos finalidades: la seguridad del orden jurídico a través de la persecución penal y la protección de la esfera de libertad del ciudadano”¹⁰².

XVII. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y PREVALENCIA DE LA LIBERTAD: HACIA UN AUTÉNTICO DERECHO PENAL MÍNIMO

Una de las causales para obtener la libertad establecidas en el nuevo Código de Procedimiento Penal merece una atención aparte. Se trata de aquella contenida en el numeral 3º del artículo 317 estudiado. Dice el Código que se obtiene la libertad “como consecuencia de la aplicación del principio de oportunidad”.

No es este el espacio para una reflexión exhaustiva sobre este principio, pero se adelantarán algunas consideraciones pertinentes al tema que se estudia. Como todos los códigos cuando entran a regir, como lo ha sido el caso de la misma Carta Política del año 91, se trata de codificaciones que entran al ámbito social y sobre ellas se tejen disputas interpretativas; ellas obran en la práctica como textos abiertos para la competencia por el dominio de los alcances interpretativos de sus disposiciones particulares. El nuevo Código es, desde luego, un ejemplo claro de ello. Una norma en particular debe ser aquí reseñada en este sentido. Se trata del primer inciso del artículo 321: “La aplicación del principio de oportunidad deberá hacerse con sujeción a la política criminal del Estado”.

A nuestro juicio, de acuerdo con la presentación social que se hizo en su momento al Código Penal vigente (Ley 599 de 2000), y de la presentación a la comunidad jurídica del nuevo Código de Procedimiento Penal –en su momento, también la Ley 600 de 2000–, se trata de normativa, no solo respetuosas de los derechos y garantías, sino expresiones del derecho penal mínimo. Es decir, de un derecho penal que se reconoce limitado, que reconoce su carácter subsidiario y se observa a sí mismo como un sistema de protección subsidiaria de condiciones y circunstancias mínimas y fundamentales para la preservación de la vida en sociedad. De igual manera, se reconoce que el proceso penal materializa en la práctica judicial esta pretensión de principio, y su estructura rectora.

De acuerdo con ello, esta norma debe leerse en función del derecho penal mínimo. El principio de oportunidad debe ser leído, además, en clave penal-sustancial, de acuerdo con el principio de antijuridicidad material; deberá funcionar en la práctica con criterios de un derecho penal como sistema de protección

¹⁰² Claus Roxin. *Strafverfahrensrecht*. München, 1998, p. 243.

subsidiaria de bienes jurídicos. Es cierto y por eso se ha advertido que las nuevas figuras procesales son hoy centro de disputa en la comunidad jurídica, que puede también pervertirse dicho principio y convertirse en la práctica en un modelo de afirmación o de exacerbación de la selectividad tradicional del derecho penal. Pero esta no es la razón de ser de esta figura: ella debe servir para descongestionar el sistema, para restringirlo a operar cuidadosamente contra aquellas conductas realmente —y no discursiva o ideológicamente— más graves y que generan más daño, acorde con la normativa internacional, con los compromisos adquiridos por el país, y con nuestras propias realidades.

Las causales para aplicar el principio son complejas, cada una de ellas debe evaluarse en sus alcances y en relación sistemática con todo el Código. Pero, se insiste, el punto de partida va más allá del ámbito procesal y se inscribe en el contexto de las relaciones entre política criminal y dogmática penal sustancial; entre decisiones de política criminal y dogmática penal procesal. Debe servir este principio para acuñar prácticas de política criminal de largo aliento y de mayor alcance, lejanas a aquellas decisiones meramente coyunturales que tanto han desarticulado la racionalidad de nuestra legislación penal. Leer el Código de Procedimiento Penal en clave político-criminal será uno de los mayores desafíos de los funcionarios que aplicarán las nuevas disposiciones.

En relación concreta con las causales, se reseñarán aquí, brevemente, algunas que refuerzan las ideas planteadas. Se trata, además, de aquellas —que son justamente por ello expresiones del derecho penal mínimo y subsidiario— que están ligadas a la pretensión del nuevo Código de humanizar el proceso penal. Por ejemplo, el numeral 7º del artículo 324 que se refiere a la aplicación del principio cuando el imputado “haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique el desconocimiento de la humanización de la sanción punitiva”.

Se trata de una causal que debe leerse en consonancia, por ejemplo, con el artículo 34 del Código Penal que establece que “en los eventos de delitos culposos o con penas no privativas de la libertad, cuando las consecuencias de la conducta han alcanzado exclusivamente al autor o a sus ascendientes, descendientes, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad, se podrá prescindir de la imposición de la sanción penal cuando ella no resulte necesaria”.

En esta misma dirección debe leerse el numeral 12 del artículo 324 del nuevo Código de Procedimiento, que presupone la aplicación del principio de oportunidad,

“cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social”. Aquí, el juez puede hacer auténtico derecho penal subsidiario, sustentado en la noción de antijuridicidad material, de tal manera que evalúe siempre la significación social y jurídica de una conducta y, por esa misma razón, evalúe el impacto real de dicha conducta sobre el bien jurídico, tal como lo establece también el numeral 10 del artículo reseñado, que se refiere a la situación en la cual “la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa”.

Debe reseñarse aquí, finalmente, el numeral 13 del citado artículo. Se trata de una norma que puede constituirse en una herramienta permanente para hacer auténtico derecho penal constitucional: “Cuando el juicio del reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social”. El acierto de la norma radica, desde el punto de vista del derecho penal sustancial, en identificar el principio de culpabilidad con la necesidad de la pena –con el sentido mismo del castigo– cuando se trata de conductas de muy baja reprochabilidad.

Éste es el punto de partida, por ejemplo, de la tesis diferenciadora, en el caso del estado de necesidad excluyente de la culpabilidad: no se justifica la conducta, pues de esta manera se estaría dando un mensaje contradictorio y utilitarista a la sociedad, pero en casos de comunidad de peligro se acepta que no tiene sentido un reproche del Estado al actor. Ello es así, pues se considera que la sanción, para actuaciones límites, es inútil y desproporcionada. La culpabilidad es aquí evaluada en función de los fines de la pena. Con razón, además, el ámbito dogmático más adecuado para estudiar el fenómeno de la culpabilidad es el de la responsabilidad, tal como lo hace por ejemplo Roxin en su Tratado. Con acierto, entonces, el numeral 13 piensa el alcance de la reprochabilidad en función de las finalidades de la pena.

De la misma forma, este punto de partida –reafirmado por el artículo 3º del Código Penal que hace referencia a la necesidad de la pena– es el que puede sustentar la existencia del parágrafo del artículo 124 de dicho Código que permite al juez, en caso de aborto con circunstancias muy particulares y extremas, no castigar, pues la pena se hace innecesaria. La conducta es típica, antijurídica y no se encuentra amparada en principio por una causal de ausencia de responsabilidad. No obstante, la legislación penal –sustancial y procesal– da la posibilidad de no sancionar la conducta¹⁰³. Se trata

¹⁰³ Sobre el principio de necesidad de la pena y una interpretación garantista del mismo en el Código Penal, ver: Alejandro Aponte, “La nueva regulación de la punibilidad. Del juez como garante de los derechos fundamentales”, en: Procuraduría General de la Nación. *Memorias. Jornadas de reflexión sobre la reforma al sistema penal colombiano*. Bogotá, 2001, p. 87 y ss.

de herramientas invaluables, en relación con el tema concreto que ocupa este trabajo, para darle un tratamiento legal y constitucional consistente a la restricción (y concesión, de acuerdo con el numeral 2º del artículo 317), de la libertad.

De esta manera entonces, la relación entre derecho penal mínimo, restricción absolutamente excepcional de la libertad como fundamento de las medidas cautelares que la restringen, y principio de oportunidad, aparecen muy claras. En esta triada, el funcionario tiene un mapa complejo y único para aplicar un auténtico derecho penal de la Constitución. Esta es la tarea más cara que hoy compromete a los funcionarios que han comenzado su labor en enero de 2005 y de aquellos que sucesivamente entrarán a manejar el sistema.

GUÍA DE TRABAJO DEL CAPÍTULO NO. 4. MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Esta guía está compuesta de dos partes. La primera donde se aborda el principio de gradualidad en las medidas de aseguramiento. La segunda, donde se trabaja el principio de proporcionalidad como herramienta fundamental para los jueces, al mismo tiempo que este se enriquece con la argumentación en los tres niveles.

PRIMERA PARTE: MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO Y PRINCIPIO DE GRADUALIDAD

Para este ejercicio, se debe tener en cuenta que el Código de Procedimiento Penal es prolífico hoy en la consagración de diversas medidas de aseguramiento. Los fiscales y jueces deben tener en cuenta que se ha abierto un ámbito muy interesante y variado de medidas cautelares. Es lógico que estas deben adecuarse a la realidad del país, es decir, el sistema de justicia tiene que avanzar técnica y administrativamente, para poder hacer realidad las medidas; de la misma forma, se trata de medidas que deben ser objeto de un control muy estricto y muy razonable. Una a una, las medidas deben trabajarse, en sus consecuencias, en sus implicaciones, en su finalidad, en los derechos que están en juego con ellas.

Actividades

Se retoma aquí el caso denominado “San Alejo”. Como se recuerda, en este caso el juez no decretó, basado en el supuesto peligro y en la solicitud del fiscal, la detención preventiva; consideró, mejor, pertinente y apropiada la medida consagrada en el numeral 2 del literal B) del artículo 307: la obligación de someterse a la vigilancia del Centro de Servicios Judiciales. Fue la primera ocasión en que se tomó esta medida.

Los discentes deben trabajar el caso mencionado.

Aspectos por tener en cuenta para el ejercicio

El aspecto principal para considerar es el relacionado con la incorporación del principio de gradualidad en la cultura jurídica del juez. En codificaciones anteriores no se contaba con varias posibilidades; de manera general se ordenaba la detención preventiva. Hoy, como se ha dicho, existen varias opciones.

El funcionario debe tener en cuenta lo siguiente:

At

1. ¿Es posible, si se solicita una medida por el fiscal, ordenar otra distinta?
2. ¿Una posibilidad así, solo surge cuando se ordena una medida con menos impacto sobre los derechos de la persona? Por ejemplo, ¿de una detención preventiva, a otra medida contenida en el literal B) del artículo 307?
3. ¿Se aplica el principio de “prohibición de exceso”?
4. ¿Dentro de las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad existe alguna jerarquía, o todas son iguales en sus consecuencias?
5. ¿Es posible construir una jerarquía en relación con las medidas de aseguramiento?

Los jueces pueden adelantar el ejercicio de crear dicha jerarquía, en todo caso, teniendo en cuenta tres variables: el tipo de medida en sí misma, la finalidad que ella busca y el derecho fundamental que está en juego con ella.

AUTOEVALUACIÓN DE LA PRIMERA PARTE DEL CAPÍTULO NO. 4

Ca

- La pregunta fundamental para el discente es: ¿Hasta qué punto usted incorpora en su cultura jurídica el principio de gradualidad y de qué manera se relaciona este con el principio de comparecencia?

SEGUNDA PARTE: PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y SU APLICACIÓN PRÁCTICA

En desarrollo del principio de proporcionalidad, el juez de control de garantías obra como auténtico juez constitucional. Ello no solo por la labor de control en sí que con base en este principio adelanta el juez en los distintos eventos, sino por la complejidad

que alcanza su juicio basado en la metodología que subyace a dicho principio. En este sentido, y atendiendo el punto de partida de nuestro escrito, la aplicación del principio de proporcionalidad es puro derecho procesal penal constitucional.

En el derecho procesal penal comparado y en la jurisprudencia internacional se ha desarrollado el principio de proporcionalidad y él ha guiado el juicio del juez en eventos especialmente problemáticos, como es el caso de las medidas de aseguramiento y de las medidas cautelares en general, el de las intervenciones corporales, las medidas que afectan el derecho a la intimidad o a la esfera de la personalidad. La aplicación de dicho principio exige la dogmática de ponderación como método de interpretación judicial general. (La Corte Constitucional de Colombia ha desarrollado ampliamente este método y sus decisiones más significativas deben servir de base para el trabajo del juez de control de garantías).

De acuerdo con lo anterior, el discente debe tener en cuenta los subprincipios que conforman el principio mencionado y su manejo en los casos concretos. Son ellos:

- Subprincipio de idoneidad
- Subprincipio de necesidad
- Subprincipio de proporcionalidad, en sentido estricto

Luego se deben tener en cuenta los diversos criterios frente al juicio de proporcionalidad en concreto:

- La consecuencia jurídica de la conducta investigada
- Importancia de la causa que se ventila
- Exigencias de política criminal

Actividades

Se propone que el discente aplique el principio de proporcionalidad a los casos aportados por las guías, además del caso que se reseña a continuación.

Esta última guía debe servir de ejercicio final en relación con todas las anteriores.

Lo importante en este momento es identificar el nivel de argumentación del juez. Por ello, es esencial en el ejercicio observar cómo fundamenta el juez su juicio, qué elementos discursivos toma en cuenta. (No importa tanto la solución que, como se ha visto, es muy diversa de acuerdo con la postura que se asuma. Lo que

importa, en tanto ejercicio, es asumir las exigencias argumentativas hoy insalvables en el trabajo del juez penal).

Caso

Caso. “Madre cabeza de familia”

Hechos del caso

El día 11 de mayo se solicita, por parte del defensor, que se lleve a cabo una audiencia preliminar con objeto de ser revocada una medida de aseguramiento de detención preventiva por una medida de detención domiciliaria.

El defensor aporta una declaración tomada en la cárcel, en la cual la persona afirma que es madre de 6 hijos, entre ellos varios menores.

El defensor argumenta que los niños se encuentran en poder de la abuela que es una anciana y que corren peligro por permanecer desprotegidos. Aduce la conductancia del numeral 5º del artículo 314, que permite la sustitución de la medida y adelanta ante el juez argumentos relacionados con la humanización del derecho penal. Se trata –la madre– de una persona que alquila un vehículo de acarreos y que trabaja en modistería.

El problema central que se presenta en este caso es que el día 22 de abril se llevó a cabo una audiencia preliminar en la cual ya se había adelantado la misma solicitud y esta fue negada. En ese caso operaría la prohibición que el artículo 318 del Código trae, el cual hace relación a que dicha solicitud de revocatoria solo es posible hacerla por una vez.

En la diligencia de abril, el juez de control de garantías había negado la petición argumentando que el defensor no había llevado consigo una declaración y tan solo había constatado el hecho de que la persona estaba sola y de que era madre cabeza de familia.

El juez, en primer lugar, cuestiona esta decisión, ya que a su juicio, basta para el derecho penal que se constate una situación de hecho innegable, y que no puede ser una persona perjudicada en su libertad en razón de un extremo formalismo. Hace consideraciones de carácter constitucional –a ello se hará referencia posteriormente– y toma una decisión concebida por él en el marco de la “justicia material”.

El juez declara la excepción de inconstitucionalidad para el caso concreto exclusivamente, y no en relación con el artículo 318 de manera general, sino específicamente en relación con la previsión de que la revocatoria se solicite por

una “sola vez”. En consecuencia, el juez sustituye la detención preventiva por la detención domiciliaria.

Para el juez, al juez anterior que tomó la decisión inicial sobre la revocatoria le faltó haber comprobado la condición de madre cabeza de familia. El juez establece que, de acuerdo con el derecho penal mínimo y garantista, se debe permitir que una situación de hecho —que es aquella en la cual se ve una persona cuando tiene 6 hijos y que ellos constituyen el núcleo familiar de hecho— sea regulada o tenida en cuenta por el derecho penal. Para el juez, el hecho de que en un principio se haya exigido la declaración de la madre y, que de una vez se haya pretendido subsanar este requisito impuesto ya no tenga lugar la solicitud de revocatoria, demostraría una carencia absoluta de justicia material. El juez pondera el dictado de la norma y las condiciones objetivas del caso —el hecho de hallarse una familia de por medio— y decreta la prelación de los derechos de los menores y la prelación del principio de libertad.

Puede decirse que el juez adelanta un ejercicio de auténtico nuevo constitucionalismo: desde el derecho penal, subrayado como derecho penal mínimo y subsidiario por el funcionario, el juez hace prevalecer, en un caso particular, derechos y garantías, frente a los dictados de una norma que se queda corta en su regulación.

Aspectos centrales para tener en cuenta en el caso

Hoy, básicamente, se deben tener en cuenta: el papel del juez penal, de cara al nuevo constitucionalismo, los límites que este tiene, la diferencia de este método con la mera tópica, las relaciones entre el legalismo y el constitucionalismo como métodos de interpretación jurídica.

Se deben considerar los alcances del control difuso.

Se deben tener en cuenta las relaciones entre el mero formalismo y la visión del derecho en perspectiva constitucional.

Segundo caso: el juicio en tres niveles de argumentación del juez

El discente debe adelantar el trabajo con el caso, haciendo un ejercicio de argumentación basado en la interpretación en tres niveles:

El nivel de argumentación fáctica

El nivel de argumentación legal

El nivel de argumentación constitucional

Se propone, como es el caso que se reseña a continuación, que los jueces adelanten el ejercicio de los tres niveles, de acuerdo con su propio criterio, bien

sea tal como se presenta en el Módulo, o usando sus propias categorías. Para ello, se propone trabajar el siguiente caso:

Este es un caso en el cual el juez desarrolla una argumentación impecable en relación con los tres niveles reseñados, que han venido siendo aplicados por los jueces de control de garantías. Representa, además, un ejemplo de cómo los jueces aplican, igualmente y de acuerdo a sus propios criterios, dichos niveles de argumentación. Con otros nombres o con otros conceptos inclusive, los operadores dan aplicación a dicho esquema argumentativo. Lo importante, en todo caso, es que en los jueces está presente la exigencia argumentativa relacionada con el nivel constitucional.

Caso

Caso “Droga en la cárcel”

Hechos del caso

Este caso, interesante por los aspectos relacionados con la captura, ocurrió cuando el día 18 de abril de 2005, en la celda ocupada por tres personas, recluidas en ella por diferentes delitos, fue encontrada una cantidad importante de droga camuflada en el piso. Las tres personas fueron llevadas ante el juez de control de garantías y el fiscal solicitó la audiencia para discutir sobre tres eventos, uno de los cuales era la legalización de captura.

En el caso, el juez asume directamente los tres niveles, los aborda como “exigencias” relacionadas con los requisitos establecidos en el artículo 308 para imponer una medida de aseguramiento.

Para el juez, las tres exigencias son:

1. Una de carácter material.
2. Una de carácter legal.
3. Una de carácter constitucional.

1. En relación con la primera, el juez establece que el fiscal no ha hecho relación material específica a hechos que sirvan de auténticos elementos probatorios para sustentar la solicitud. (No obstante, el juez hace relación a la *unidad de materia* existente en todos los eventos, de tal manera que tendrá en cuenta lo expuesto por el fiscal, sobre todo en relación con la supuesta captura —que fue declarada, como se ha dicho, inexistente por sustracción de materia).

El juez adelanta una descripción detallada de hechos que considera demostrados: la “caleta” en la cual se encontró la droga, el hecho de que esta se

encontraba en la celda, el hecho de que la celda pertenecía a los tres imputados. Como se ha dicho, el juez aborda esta primera etapa argumentativa en el contexto de una *exigencia material*. Lo interesante es ver que el juez llama a esto “los aspectos materiales del caso”.

2. En relación con el aspecto legal, el juez aborda el estudio de la exigencia de inferencia de la posible autoría o participación. Hace alusión, en primer lugar, al hecho de que la conducta está sancionada con una pena mayor de cuatro años de prisión. Así, concluye: “Procede la medida desde el punto de vista objetivo en relación con la naturaleza de la conducta”.

3. Enseguida, a pesar de la conclusión anterior, establece que es necesario abordar el asunto desde el punto de vista constitucional y advierte que “puede darse el caso de que se esté ante la prueba o demostración del elemento material, pero debe darse el aspecto constitucional”. Luego, se refiere a los *fines* de la medida.

En ese momento, el juez efectúa un giro muy interesante en la argumentación: regresa al nivel fáctico –a la “exigencia material”– e inicia la argumentación final introduciendo una hipótesis concluyente: los aspectos materiales aportados por el fiscal no “establecen por sí solos la inferencia posible de la autoría de las personas imputadas”.

El juez toma aspectos de la argumentación del fiscal: este, de cara a los imputados y en tono afirmativo, les ha dicho: “alguno de ustedes debe ser el responsable”, no se sabe si alguno de ustedes es “autor o partípice, pero sí sabemos su participación”. Y vuelve y afirma: “alguno de ustedes debe ser el responsable”.

Esta afirmación y su uso gramatical –el condicional– es subrayado por el juez en diversas ocasiones. Este, tomando en consideración la alusión de la defensa sobre una posible adscripción de responsabilidad objetiva que está proscrita en el Código Penal, agrega, además, que con ello se puede caer en lo que antaño se conocía como “concausalidad”. Adelanta una crítica a la figura y recuerda que se trataba de épocas pasadas en las cuales, sobre todo en relación con delitos contra la vida y la integridad personal, cuando ocurría un hecho, un homicidio por ejemplo y no se sabía quién lo había cometido, se responsabilizaba a todos los que se encontraban presentes en el escenario del crimen.

Por esa vía, el juez concluye que no se demostró desde cuándo los imputados ocuparon la celda, si cuando llegó el “pabellonero” se constató la última de las inspecciones, de hecho indagó sobre cuándo fue llevada a cabo la última inspección,

si se comprobó que la caleta había sido hecha antes, etc. El juez valora los vacíos probatorios y de allí regresa al ámbito constitucional: a juicio del juez –y cita los artículos 2, 295 y 296 del Código de Procedimiento Penal sobre preservación de la libertad y su restricción excepcional– no se ha probado el requisito de *necesidad* para poder adoptarla. Agrega, además, que los requisitos, al lado de la necesidad, son: adecuación, proporcionalidad y razonabilidad.

Concluye el juez: no se dan estos requisitos, no se han probado, tanto desde el punto de vista material como del legal y constitucional; por esa razón, no decreta la medida.

AUTOEVALUACIÓN DE LA SEGUNDA PARTE DEL CAPÍTULO NO. 4

Se retoma aquí todo lo expuesto desde la primera guía y se deben retomar las preguntas adelantadas a lo largo de todas ellas, especialmente en relación con la primera.

Ca

- El discente debe retomar la pregunta acerca de cómo se sitúa frente a un hecho ocurrido y desde qué punto de partida inicia su análisis. Se debe preguntar si su punto de partida es la ley en un sentido más restrictivo o si lo es en un sentido más complejo, como Constitución y tratados internacionales. Lo importante para el desarrollo del ejercicio es establecer el punto de vista argumentativo asumido por el juez.
- El discente debe preguntarse por los niveles de argumentación que él maneja y por la manera en que los utiliza en cada caso particular.
- Se trata no solo de evaluar los efectos de exigencias culturales nuevas, como es el caso del tránsito hoy a una prelación del principio de libertad, sino de evaluar el impacto que las nuevas técnicas argumentativas han ejercido sobre el discente.
- El discente, al final de los ejercicios propuesto en las guías, debe preguntarse en qué grado y de qué forma la lectura del Módulo y el desarrollo de los ejercicios han modificado o han impactado su cultura jurídica, su formación integral, más allá de la mera formación jurídico-legal.

AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Edersa, Madrid, 1999.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

AMBOS, Kai. *Parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*. Fundación Konrad Adenauer. Temis, Montevideo, 2005.

APONTE CARDONA, Alejandro. “*Informes nacionales. Colombia*”, en: Kai Ambos y Ezequiel Mallarino. *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*. Fundación Konrad Adenauer e Instituto Max Planck para Derecho Penal Internacional, Montevideo, 2003.

_____. “*La nueva regulación de la punibilidad. Del juez como garante de los derechos fundamentales*”, en: Procuraduría General de la Nación. *Memorias. Jornadas de reflexión sobre la reforma al sistema penal colombiano*, Bogotá, 2001.

_____. *Manual para el Juez de Control de Garantías en el Sistema Acusatorio Penal*. Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, Bogotá, 2004.

BERNAL PULIDO, Carlos. “*El principio de proporcionalidad de la legislación penal*”, en: Carlos Bernal. *El derecho de los derechos*. U. Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

BRICOLA, Franco. *Teoria Generale del Reato*, en: *Novissimo Digesto Italiano*. XIX, 1974.

CARRARA, Francesco. *Programma del corso di diritto criminale*. Parte generale, Vol. 1, Lucca, 1889.

ESER, Albin et al. (editores). *De los delitos y de las víctimas*. Ad Hoc, Buenos Aires, 2001.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid, 1999.

GUERRERO, Óscar Julián. “*Breve análisis sobre las causales constitucionales para la aplicación de medidas restrictivas de la libertad*”, en: Óscar Julián Guerrero,

UNIDAD 4

Fundamentos teórico-constitucionales del nuevo proceso penal. Editorial Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2005.

HASSEMER Winfried. “*Los presupuestos de la prisión preventiva*”, en: *Crítica al derecho penal de hoy*. Ad Hoc, Buenos Aires, 1998.

_____. “*Menschenrechte im Strafprozeß*”, en: KritV, cuaderno 3/1988.

_____. “*Unverfügbares im Strafprozeß*”, en: Haft/ Hassemer/ Neumann/ Schroth (editores), *Rechtsstaat und Menschenwürde. Festschrift für Werner Maihofer*. Frankfurt am Main, 1988.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. “*Presunción de inocencia y prisión sin condena*”, en: Andrés Ibáñez (compilador). *Detención y prisión provisional*. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

KELSEN Hans. *Teoría Pura del Derecho*, traducción de la segunda edición corregida y reelaborada por Kelsen del año 60. Ed. Porrúa, México, 2003.

LEÓN LONDOÑO, Hernando. “*La detención preventiva en las jurisprudencias de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia. Reflexiones a propósito de la sentencia No. C-774 de 2001*”. En: *Nuevo Foro Penal*, tercera época, año 1. Mayo-agosto de 2003, Medellín.

LLOBERT RODRÍGUEZ, Javier. *La prisión preventiva (límites constitucionales)*, Universidad para la Cooperación Internacional, San José de Costa Rica, 1997.

LUHMANN, Niklas. *Legitimation durch Verfahren*. Frankfurt am Main, 1983.

MARCHISIO, Adrián. *La duración del proceso penal en la República Argentina a diez años de la implementación del juicio oral y público en el sistema federal argentino*. Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2004.

MARTÍNEZ, Mauricio. *Crisis de la administración de justicia penal en Colombia*. Temis, Bogotá, 1999.

MONTEALEGRE LYNELL Eduardo; BERNAL CUÉLLAR, Jaime. *El proceso penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

MORA, Luis Paulino. “*Base del sistema democrático. Prisión preventiva y estado de inocencia*”. En: *El Nacional*, San José, 22 de noviembre de 2004.

OTTAVIANO, Santiago. “*La prisión preventiva: presupuestos para su dictado y limitación temporal*”, en: Luis M. García. *Los derechos humanos en el proceso penal*. Depalma, Buenos Aires, 2002.

PASTOR Daniel. “*El plazo razonable en el proceso del estado de derecho. Una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*”. Ad Hoc y Fundación Konrad Adenauer, Buenos Aires, 2002.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *Política de la PGN en materia de conmoción interior. El énfasis preventivo*. Bogotá, mayo de 2004.

ROXIN, Claus. “*Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*”, traducido por Óscar Julián Guerrero. *Procuraduría General de la Nación*. Bogotá 2004.

_____. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Civitas, Madrid, 1999.

_____. *Strafverfahrensrecht*. München, 1998.

SANMARTÍN CASTRO, César. “*La privación de la libertad personal en el proceso penal y el derecho internacional de los derechos humanos*”. Lima, 2003.

Jurisprudencia Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Caso Gangaram Panday. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C, No. 16.

Caso Castillo Petruzzi y otros. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C, No. 52.

Caso Suárez Rosero. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C, No. 35.

Caso Ivcher Bronstein. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C, No. 74.

FORMA No. 1

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Documentos del *Conversatorio interinstitucional sobre el sistema penal acusatorio*:

“*Acuerdos y preacuerdos*”, Versión definitiva. Junio 20 de 2005 disponible en:

http://www.ramajudicial.gov.co:7777/csj_portal/assets/ACUERDOS%20Y%20PREACUERDOS%2020%20DE%20JUNIO.doc

“*La captura en el nuevo estatuto procesal: regulación general, segundo texto sobre captura*”. Agosto 9 de 2005. Disponible en:

http://www.ramajudicial.gov.co:7777/csj_portal/assets/CAPTURA%20SEGUNDO%20TEXTO.doc

“Alcances y límites de la imputación en el nuevo esquema procesal penal”. Abril 7 de 2005. Disponible en:

http://www.ramajudicial.gov.co:7777/csj_portal/assets/IMPUTACION.doc

FORMA No. 2

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Documentos del *Conversatorio interinstitucional sobre el sistema penal acusatorio*:

“Medidas de aseguramiento”, texto de marzo 8 de 2005.

Juez Ricardo Castellanos. *“Alcances y límites de la imputación en el nuevo esquema procesal penal”*. Abril 7 de 2005.

“Acuerdos y preacuerdos”, versión definitiva. Junio 20 de 2005.

Jueces Emely Salcedo y Juan Pablo Lozano. *“La captura en el nuevo sistema penal”*, en: *Conversatorio interinstitucional sobre el sistema penal acusatorio. Captura administrativa*. Texto del 13 de julio de 2005.

Jueces Carlos Moreno y Rosa Irene Velosa. *“La captura en el nuevo estatuto procesal: regulación general, segundo texto sobre captura”*. Agosto 9 de 2005.

Disponibles en: http://www.ramajudicial.gov.co:7777/csj_portal/jsp/frames/index.jsp?idsitio=21

